

Francesca Galgano

Cautio Muciana e crisi di un'élite

1. Letteratura – 2. Problemi – 3. Testimonianze – 4. *Occasio* – 5. Una proposta ricostruttiva

1. Letteratura

Nel caso in cui ad un atto di ultima volontà figurasse apposta una clausola condizionale, formulata in modo che vi fosse dedotto sospensivamente a tempo indeterminato un evento potestativo negativo, la certezza della cui mancata realizzazione si sarebbe avuta soltanto con la morte del beneficiato¹ (sintetizzabile nell'esempio di scuola: «Lego cento a mia moglie, se non si risposerà», oppure «se non manometterà uno schiavo», o «*si in Capitolium non ascenderit*»), Quinto Mucio Scevola aveva «suggerito» al pretore un rimedio, consistente nel concedere senza alcuna attesa la produzione dei previsti effetti giuridici, purché il testatore ricevesse dal beneficiato la promessa cautelare (resa forse con *stipulatio praetoria*)² di *restitutio in integrum*, qualora il se-

¹) Cfr. nel codice civile italiano l'art. 638 c.c., che ribalta la questione, trasformando la clausola condizionale sospensiva in risolutiva (cfr. *infra*, § 1).

²) Il sistema di tali *stipulationes*, inserite o meno nell'albo edittale (cfr. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1985, tit. 45, p. 514 ss.), previste talora anche da leggi o da *senatusconsulta*, eventualmente accolte da altri magistrati *cum iurisdictione*, realizzava fra le parti una forma di autotutela di natura convenzionale, imposta ovviamente dal pretore, allo scopo di ottenere garanzie per rafforzare un'obbligazione giuridica preesistente o, talora, per crearla al di fuori di ogni altra previsione normativa. Cfr. M. LAURIA, *Iurisdictione*, in «Studi P. Bonfante», II, Milano, 1930, p. 481 ss., che scindendo la *iurisdictione* dall'*imperium*, vede il fondamento di questi espedienti più che nella prima, nell'*imperium* del pretore, che gli consentiva infatti ampia discrezionalità di intervento. Sul tema si veda pure F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 255 ss. Attraverso queste promesse (semplici o garantite da terzi), assunte solennemente nella forma di *stipulationes*, il destinatario dell'invito pretorio si impe-

condo compisse l'evento temuto, integrante cioè la mancata realizzazione della condizione.

Tale rimedio è divenuto poi noto³ nei secoli come '*cautio Muciana*', attribuendosi al giurista il merito imperituro di aver proposto come risolvere, con effetto immediato, l'aberrazione insita in una siffatta clausola condizionale sospensiva, che, apposta a un lascito, in quanto formulata senza alcun limite temporale, rischiava di renderlo perpetuamente inefficace⁴: grazie alla promessa resa dal legatario (tale dovè essere, come vedremo, l'originario ambito di applicazione) all'erede istituito, invece, quest'ultimo avrebbe avuto la garanzia che quanto versato in adempimento del legato gli sarebbe stato restituito, se il beneficiario avesse tenuto il comportamento da cui doveva astenersi (risposarsi, manomettere uno schiavo e così via). Il riconoscimento di un'efficacia attuale, e non indefinitamente rinviata, alla disposizione *mortis causa sub condicione*, inoltre, appariva maggiormente conforme alla volontà del testatore, che mirava all'attribuzione patrimoniale oggetto del lascito (pur con la subordinazione ad una clausola condizionale). Allo stesso tempo perseguiva finalità di pubblica utilità, evitando che il patrimonio, seppure solo in parte, restasse non attribuito, con effetti indiretti pure sugli eredi del beneficiario, i quali – morto quest'ultimo ed essendosi solo così verificato l'adempimento della condizione – non avrebbero potuto (senza tale «supporto») ricevere il lascito, a rigore non trasmissibile, in quanto condizionato sospensivamente, e perciò non ancora consolidatosi, al momento della sua morte, in capo al loro dante causa⁵.

gnava a versare all'altra parte una somma a garanzia dell'evento temuto, incorrendo in caso contrario in sanzioni (quali *denegatio* o *missio in possessionem*, ad esempio) più o meno svantaggiose per i suoi interessi.

³) Cfr. già *Nov.* 22.43 [a. 535], su cui cfr., *amplius, infra*, § 2.

⁴) La pendenza dell'efficacia del negozio, infatti, prosegue fino a quando non sia certo che la condizione si sia verificata o che non possa più verificarsi. Se non è stato apposto dalle parti un elemento temporale, che stabilisca quando si consegua tale certezza, bisogna aspettare che il verificarsi della condizione diventi oggettivamente impossibile, e dunque, per alcune tipologie di condizione, soltanto con la morte del beneficiario. La giurisprudenza romana ha cercato di ovviare all'evidente iniquità legata a simili circostanze, introducendo per alcune di esse il concetto corrispondente al moderno adempimento fittizio della condizione, su cui si vedano ad esempio G. GROSSO, *La finzione di adempimento nella condizione*, Modena, 1930, p. 1 ss., G. DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio delle condizioni*, in «SDHI», III, 1937, p. 63 ss., C. COSENTINI, *Condicio impossibilis*, Milano, 1952, p. 161 ss., e D. DAUBE, *Condition prevented from materialising*, in «RHD», XXVIII.1, 1960, p. 18 ss.

⁵) *Contra*: A. BURDESE, sv. '*Muciana cautio*', in «ED», XXVII, Milano 1977, p. 348-349, sebbene vada considerato che l'onorato acquisterebbe il lascito nel suo ultimo istante di vita, adempiendosi solo allora la condizione e consentendosi così la trasmissione del lascito ai suoi eredi (si veda S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, rist. anastat., Roma, 2002, p. 544, nt. 5).

Certamente, imponendo la prestazione di una garanzia, il pretore vincolava la parte interessata ad evitare il verificarsi dell'evento dedotto negativamente nella *condicio*, ottenendo così, da parte sua, il rispetto dell'impegno preso in ottemperanza alla volontà del testatore e in un certo senso suscitando l'assunzione volontaria di un'obbligazione – che preferiva non imporre autoritativamente⁶ – tramite una *stipulatio*, assistita dall'intervento di garanti, che avrebbe dato titolo all'avente diritto alla restituzione, per agire appunto *ex stipulatu*.

Non ci è nota la fattispecie concreta per cui fu creato questo espediente: certi sono invece gli approdi di un fortunato percorso giunto fino all'età moderna, in cui esso viene legislativamente applicato anche all'istituzione di erede, con una formulazione ampia e generica che ne dilata l'ambito, anche con riferimento alle qualificazioni della clausola appostavi (semplicemente sospensiva negativa, e non più specificamente solo condizionale⁷), come accadde dapprima nel codice civile del 1865, che recitava infatti così: «*Se il testatore ha lasciato l'eredità o il legato sotto obbligo all'erede o al legatario di non fare o non dare, l'erede o il legatario è tenuto a dare cauzione o altra sufficiente cautela per l'esecuzione di tale volontà a favore di quelli ai quali l'eredità o il legato dovrebbe devolversi in caso di non adempimento*» (art. 855).

Anche il codice del 1942, correggendo leggermente il precedente enunciato, accoglie la *cautio Muciana* nell'art. 638 c.c.: «*Se il testatore ha disposto sotto la condizione che l'erede o il legatario non faccia o non dia qualche cosa per un tempo indeterminato, la disposizione si considera fatta sotto condizione risolutiva, salvo che dal testamento risulti una contraria volontà del testatore*», seguito dall'art. 639 c.c., in cui si precisa meglio che: «*Se la disposizione testamentaria è sottoposta a condizione risolutiva, l'autorità giudiziaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può imporre all'erede o al legatario di prestare idonea garanzia a favore di coloro ai quali l'eredità o il legato dovrebbe devolversi nel caso che la condizione si avverasse*».

Il primo articolo accoglie l'eco di un passo di Ulpiano – tratto dal suo commentario a Sabino, e collocato nel titolo giustiniano *'De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur'* – in cui, supportato dall'opinione concorde di altri, il giurista severiano ne descrive l'utilità:

D. 35.1.7.pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta 'si in Capitolium non ascenderit' 'si Stichum non manumiserit' et in similibus: et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est: quae sententia et constitu-*

Cfr. pure A. MASI, *In tema di 'cautio Muciana'*, in «*Dura*», XIII, 1962, p. 177, il quale valorizza invece proprio questo aspetto per valutare appieno l'importanza del rimedio muciano.

⁶ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Padova, 1942, p. 251 s. e 344 s., definiva ad esempio le *cautiones* come una forma di autodifesa consensuale.

⁷ Ma anche eventualmente modale.

zione divi Pii comprobata est. Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.

e di un altro squarcio tratto dal medesimo titolo, questa volta di Gaio:

D. 35.1.18 (Gai. 18 *ad ed prov.*): Is cui sub condicione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautio, ad quem iure civili, deficiente condicione, hoc legatum, eave hereditas pertinere potest.

In entrambi i passi la condicione è molto ampia, perché formulata semplicemente come sospensiva negativa.

L'art. 639 c.c. riecheggia⁸ invece C.I. 6.37.26.1, in cui si rovescia del tutto la fattispecie, presentandosi le situazioni giuridiche che occorre tutelare causalmente dalla loro eventuale temporaneità:

IDEM <IMP. IUSTINIANUS> A. IOHANNI PP.: Illud, quod de legatis vel fideicommissis temporalibus utpote irritis a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus sancientes et talem legatorum vel fideicommissorum speciem valere et firmitatem habere. Cum enim iam constitutum est fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari: post completum videlicet tempus ad heredem isdem legatis vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario vel fideicommissario cautionem in personam heredis exponere, ut post transactum tempus res non culpa eius deterior facta restitatur. D. XV K. NOV. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC. ANNO SECUNDO [A. 532].

Avremo modo di tornare su questi testi, ma si può rilevare fin da una prima lettura che, nonostante le evidenti ispirazioni romanistiche, gli esiti moderni ripropongono la *cautio Muciana* in contesti e con finalità divergenti da quelli trasfusi dall'esperienza giuridica romana nella codificazione giustiniana, già per il solo fatto che non sembrano dividerne i destinatari della tutela, offerta allora a vantaggio del beneficiario del lascito condizionato e solo previa solenne prestazione di promessa; ora invece a favore di coloro che godrebbero di eredità e legato, qualora si avverasse l'evento dedotto in condizione risolutiva, tenuti peraltro a offrire cauzione solo eventualmente, e su richiesta dell'autorità giudiziaria. L'attuale ipotesi di conversione⁹ legale della condicione sospensiva potestativa negativa in condicione risolutiva positiva trova oggi, inoltre, un limite invalicabile nella contraria volontà del testatore risul-

⁸) Cfr. S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950, p. 121.

⁹) Si veda *infra*, nt. 74.

tante dal testamento.

Nell'elaborazione successiva all'esperienza giuridica romana, della *cautio Muciana* sembrano insomma recepite le diverse riflessioni giurisprudenziali sul tema, ma soltanto come spunto concettuale: viene, infatti, generalizzata l'efficacia negoziale attraverso la conversione *ex lege* della condizione sospensiva (potestativa formulata *in non faciendo* senza limiti di tempo) in condizione risolutiva. Del rimedio muciano (la cauzione vera e propria) rimane labile traccia, essendo rilevante oggi piuttosto la sua, per così dire, istituzionalizzazione in soccorso di diverse tipologie di disposizioni testamentarie (non soltanto legati, dunque), peraltro oggetto di scarso interesse pure fra i civilisti¹⁰.

Anche nelle valutazioni strettamente giusromanistiche, tuttavia, una volta specificate le principali fattispecie di riferimento per l'applicazione della *cautio*, enucleate, fra gli altri¹¹, dal frammento succitato di Ulpiano (*'... consistit in conditionibus, quae in non faciendo sunt conceptae'*) attraverso l'individuazione della sua *utilitas*¹², l'attenzione si era appuntata (divisa fra le considerazioni, ritenute di volta in volta preminenti, ora dell'ambito di operatività della condizione sull'efficacia del negozio¹³, ora del rispetto della *voluntas testandi*) in linea di massima sul versante della stretta realizzazione della successione testamentaria, lambendo talvolta le modalità dell'istituzione di erede¹⁴, come una delle possibili estensioni del rimedio in via di interpretazione¹⁵.

¹⁰ Cfr. ad es. G. BONILINI, G. BASINI, *I legati*, Napoli, 2003, p. 64 ss.

¹¹ Cfr. ad es. D. 35.1.67 (Iavolen. 11 *epist.*), e D. 35.1.106 (Iul. 25 *dig.*), su cui *infra*, § 3.

¹² D. 35.1.7.pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*): *'Mucianae cautionis utilitas consistit ...'*. Nell'interpretazione giuridica romana degli atti negoziali, come è ben noto, non è semplice trasporre i moderni concetti di validità e efficacia, senza incorrere in pericolose attualizzazioni. Si vedano, in una sterminata letteratura, E. BETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici*, in «NNDI», VIII, Torino, 1962, p. 902 s., A. MASI, *Il negozio «utile» o «inutile» in diritto romano*, estratto da «RISG.», X.3, Milano, 1962, 1 ss., S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, *passim*, J. GAUDEMET, *L'interprétation de lois et des actes juridiques dans le monde antique*, in «RIDA.», XVII, 1970, p. 235 ss., P. VOCI, *Interpretazione del negozio giuridico (Diritto Romano)*, in «ED.», XXII, Milano, 1972, p. 252 ss., A. BURDESE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in «BIDR.», LXXVIII, 1988, p. 181 ss., e, in particolare per alcuni risvolti attinenti al presente lavoro, B. ALBANESE, *Volontà negoziale e forma in una testimonianza di Q. Mucio Scevola*, in «De Iustitia et Iure. Festgabe U. Von Lübtow», Berlin, 1980, p. 155 ss. (ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, p. 1525 ss., da cui si cita).

¹³ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, p. 590 ss. e particolare p. 604 ss., che qualifica la *cautio Muciana* come uno dei possibili casi di adempimento fittizio della condizione, inserendola all'interno delle problematiche che attengono al regime dell'avveramento regolato da «norme che riguardano il tempo, le persone, le modalità dell'adempimento» (p. 591).

¹⁴ Come in PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 540 ss.

¹⁵ Cfr. fra le principali, e prime, voci del dibattito, in rappresentanza delle due posizioni contrapposte, V. SCIALOJA, *Intorno alla cautio Muciana applicata all'eredità*, in «BIDR.», XI,

Nonostante talune testimonianze accolte nei *Digesta* siano esplicite nel mostrare un campo di applicazione della *cautio Muciana* quanto mai versatile¹⁶, proprio l'indagine sulle sue eventuali applicazioni (soprattutto in merito a *quando* sarebbero state introdotte) ha costituito il filone privilegiato fra gli interessi degli studiosi tra Otto e Novecento, i quali – nel chiedersi se la *cautio Muciana* fosse ammissibile anche nei fedecommissi¹⁷; nelle manomissioni¹⁸; soprattutto all'istituzione di eredità; se potesse infine¹⁹ trasmettersi agli eredi del beneficiario –, mostravano di trattarla come un istituto vero e proprio, oramai stabilizzato, dando per acquisito il suo inserimento nel cd. «ordinamento» civilistico, senza alcuna curiosità per i dettagli del suo ingresso, evidentemente già persi nei secoli.

2. Problemi

E' innegabile che sia avvenuta una tarda rielaborazione da parte dei giuristi circa il rimedio cauzionale, di cui rimangono tracce nei testi accolti nella codificazione giustiniana. Grazie ad essa la *cautio Muciana* sarebbe stata invocata e resa disponibile per diverse tipologie di legati (dapprima solo *per damnationem*; poi anche *per vindicationem*, rispetto ai quali non sembrano registrarsi

1898, p. 265 ss., seguito da S. SOLAZZI, *Sulla cautio Muciana applicata all'eredità*, in «SDHI.», X.2, 1944, p. 363 ss., che attribuivano soltanto ai compilatori giustiniani l'estensione in via interpretativa all'eredità, e sull'altro versante, per tutti, B. BIONDI, *Intorno alla cautio Muciana applicata all'eredità*, in «BIDR.», XLIX-L, 1947, p. 241 ss.

¹⁶ D. 35.1.67 (Iavolen. 11 *epist.*): «... nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est».

¹⁷ Cfr. ad esempio D. 35.1.101.3 (Pap. 8 *resp.*).

¹⁸ Nonostante il silenzio delle fonti, mentre si ritiene applicabile estensivamente la *cautio Muciana* ai fedecommissi già in età cd. «classica», per analogia di problematiche (o anche «identità di funzione», come secondo BIONDI, *Intorno alla cautio*, cit., p. 242), le manomissioni testamentarie sembrano invece esserne state escluse (non per tutti peraltro: BIONDI, *ult. op. cit.*, p. 242), giacché considerate nulle se condizionate con quelle modalità. Si vedano in particolare in questo senso: D. 40.4.17 (Iul. 42 *dig.*), D. 40.4.61.pr. (Pomp. 11 *epist.*) e D. 40.7.4.1 (Paul. 5 *ad Sab.*).

¹⁹ Questo è il contenuto del lavoro di MASI, *In tema di 'cautio Muciana'*, cit., p. 175 ss., il quale in particolare indaga due aspetti connessi strettamente al rimedio muciano: il primo relativo alla asserita intrasmissibilità dei rapporti condizionati *mortis causa* (a differenza di quelli *inter vivos*), e quindi all'eventuale (in)trasmissibilità di quelli sottoposti a condizioni sospensive potestative senza limiti di tempo; il secondo in merito ai diversi tipi di legati in cui possa trovare applicazione la *cautio*, specialmente se gravati da un tipo di condizione, che può verificarsi fino (e solo) all'ultimo istante di vita del legatario.

preclusioni); di clausole (*condicio*; *modus*²⁰; ma anche condizioni miste²¹, oltre che potestative negative) che ammettessero tale correzione; infine di negozi *mortis causa* condizionati (oltre che legati: fedecommissi, manomissioni, istituzione di erede) da rettificare, perché potessero esserne salvati gli effetti²². Altrettanto innegabile constatare, ripercorrendo la linea di graduale ampliamento dell'operatività del rimedio muciano, la creazione di una vera e propria *regula*, che abbia guidato le decisioni nei tribunali verso scopi pratici certamente diversi da quelli iniziali.

In particolare, quanto alla tipologia di clausola condizionale, dalla lettura dei testi così come appaiono nella raccolta giustiniana, si potrebbero enucleare due diversi filoni, giacché in alcuni sembra ammessa la *cautio* solo nel caso di condizioni '*quae sine fine vitae expleri non possent*' – cfr. D. 36.1.67(65).1 (Maec. 5 *fideicommiss.*) –, anche dette '*quae morte legatariorum finiuntur*', perché si compiono esattamente nel momento della morte del beneficiario, come chiaramente esposto in D. 35.1.73²³ (Pap. 19 *quaest.*) e che sembrano essere poi il regime elettivo della *cautio Muciana*, indispensabile a garantirne una qualche efficacia (e immediata). Molto probabilmente a questo gruppo dovevano essere appartenute le fattispecie condizionate che suscitarono dapprima l'intervento del pontefice, fra cui il legato disposto dal testatore a favore della

²⁰ Cfr. D. 35.1.71.1 (Pap. 17 *quaest.*).

²¹ E' appena il caso in questa sede di rilevare una diversità di disciplina in merito all'applicabilità della *cautio Muciana* per siffatte tipologie di clausole condizionanti, talora ammessa, come ad esempio in D. 35.1.67 (Iavolen. 11 *epist.*), quando ad esempio la condizione sia formulata '*si servum non manumiserit*', per evidenti ragioni di equità; talaltra negata, come previsto in D. 35.1.101.3 (Pap. 8 *resp.*) o in D. 35.1.106 (Iul. 25 *dig.*), se formulata invece '*si Titio non nupserit*'. Il dibattito registrato fra i giuristi e le posizioni normative imperiali era dunque anche allora vivace, e se ne fa cenno pure in D. 35.1.7.pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*).

²² Gli studiosi si sono poi spinti a cercare di decifrare ogni possibile risvolto nel dibattito sollevato già dai giuristi romani, interrogandosi ad esempio a favore di chi dovesse essere prestata la *cautio Muciana* (e in merito a chi dovessero spettare eredità e legato in caso di avveramento della condizione: cfr. D. 35.1.18, Gai. 18 *ad ed. prov.*, e D. 36.1.67 [65].1, Maec. 5 *fideicommiss.*); particolarmente critici nel caso di sostituzione o di applicazione delle disposizioni caducarie (cfr. ad es. BIONDI, *Intorno alla cautio*, cit., p. 245, in replica a Scialoja); in alcune occasioni (SOLAZZI, *Sulla cautio Muciana*, cit., p. 368 s.) immaginando persino rimedi migliori della *cautio*, palesabili al testatore nella opportunità di ricorrere ad un fedecommissario, tramite cui egli poteva imporre al beneficiario il trasferimento ad un terzo, in caso si avverasse il comportamento da lui non voluto, evitando così del tutto l'apposizione di una condizione (*contra* si veda ancora BIONDI, *ult. op. cit.*, p. 246, con argomentazioni pienamente condivisibili).

²³ Rappresentano questa posizione Giuliano, citato nel passo di Meciano, e Papiniano, il quale ultimo altrove sembra distinguere, da queste, le condizioni che possono avverarsi anche prima della morte del beneficiario: D. 35.1.72.pr.-2 (Pap. 18 *quaest.*).

propria moglie (futura vedova, cioè), a patto che non si risposasse.

Ma compaiono anche testimonianze che, invece, sembrano ammettere una operatività²⁴ molto più ampia, anche a condizioni genericamente *'in non faciendo conceptae'*²⁵, le quali, cioè, legano il verificarsi dell'evento ad un elemento che (in alcuni casi) possa pure prescindere dalla mera volontà del beneficiario, come ad esempio nel caso in cui la morte sopravvenuta dello schiavo avveri la clausola *'si servum non manumiserit'*. Proprio questa ultima formulazione, accolta da Gaio e da Ulpiano²⁶, proverebbe (secondo alcuni)²⁷ il rimaneggiamento concettuale prima, poi materiale sui testi, avvenuto già in età tardoantica: in tali casi l'impegno assunto con la *cautio Muciana* avrebbe integrato infatti un'ipotesi di adempimento fittizio della condizione, grazie a cui la disposizione avrebbe potuto produrre i suoi effetti immediatamente, e non – come sarebbe accaduto senza il rimedio cauzionale – soltanto dopo la morte del beneficiario, eventualmente a favore dei suoi eredi.

Oggetto di particolare interesse è stata la presunta (o negata) applicabilità della *cautio* anche all'istituzione di eredità già prima della codificazione giustinianea, che avrebbe dilatato la sua iniziale, e qualificante, collocazione nel più ristretto ambito delle disposizioni successorie a titolo particolare e obbligatorie. A parere di studiosi quali Scialoja²⁸, seguito da diversi altri²⁹, che la negavano infatti (come si usava allora dire) per il diritto «classico», tale estensione non sarebbe stata affatto necessaria prima, allorché l'istituto godeva della possibilità di esperire con successo una *bonorum possessio secundum*

²⁴ Altro filone di riflessione nella giusromanistica riguardava, come abbiamo visto (*supra*, nt. 18), l'eventuale estensione della *cautio Muciana* a manomissioni e fedecommessi. Anche qui, tuttavia, non c'è riscontro univoco nelle fonti. Taluni – come C. COSENTINI, *'Cautio Muciana (diritto romano)'*, in «NNDI.», III, 1957, p. 58 – sono di contrario avviso, circa la asserita portata generale per questa via attribuita al rimedio muciano, e particolarmente per le manomissioni, contestandone la riprova (a loro avviso poco convincente) in D. 40.4.61.pr. (Pomp. 11 *epist.*).

²⁵ Talora pure non propriamente potestative come nel caso delle cd. condizioni miste (accomunate alle altre in C.I. 6.51.1.7 – *Iust. A. Senatui urbis Constantinopolitanae et urbis Romae* – [534]).

²⁶ Si vedano – come già visto *supra*, nt. 21 e 22 – D. 35.1.18 (Gai. 18 *ad ed. prov.*) e D.35.1.7.pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*).

²⁷ BURDESE, *Muciana cautio*, cit., p. 347.

²⁸ SOLAZZI, *Sulla cautio Muciana*, cit., 265 ss.

²⁹ Seppure talora in modo non deciso. Cfr. E. LEVY, *Zur Lehre von der Muciana cautio in klass. Röm. Recht*, in «ZSS.», XXIV, 1903, p. 122 ss. – il quale ad esempio ammetteva un'estensione del rimedio (nato per soccorrere la moglie legataria sotto condizione di vedovanza) più risalente, ma solo nella ristretta cerchia dei legati – e, fra gli altri, PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 546, e V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XI, Napoli, 1952, p. 90.

tabulas e riuscire pertanto a percepire subito il lascito³⁰, prestando garanzia³¹. L'operatività della *cautio Muciana* così intesa³², inoltre, sarebbe stata in contrasto con la volontà del testatore, che mirava comunque a dilazionare – sebbene non per sempre³³ – il momento dell'acquisto e allo stesso tempo scongiurare il verificarsi dell'evento dedotto in condizione. D'altra parte però tale volontà doveva senza dubbio apparire orientata a vedere eseguita la disposizione³⁴. Proprio quest'ultimo aspetto è stato quasi unanimemente considerato preminente nel tempo a venire, e cioè la duplicità di scopi della disposizione indirizzata a realizzare l'attribuzione, ma anche a impedire (o quantomeno ritardare) il secondo matrimonio; duplicità di scopi, che il rimedio *muciano* sarebbe riuscito a non trascurare a favore dell'uno o dell'altro³⁵.

³⁰ Secondo i principi generali: D. 28.5.23.pr. (Pomp. 1 *ad Sab.*): '*Si quis instituitur heres in diem certum vel incertum, is bonorum possessionem agnoscere potest et tamquam heres distrabere hereditatem*'; D. 37.11.6 (Ulp. 8 *disput.*): '*Hi demum sub condicione heredes instituti bonorum possessionem secundum tabulas etiam pendente condicione necdum impleta petere possunt, qui utiliter sunt instituti ...*'; cfr. anche D. 37.11.8.pr. (Ulp. 24 *dig.*) e poi D. 37.11.10 (Paul. 8 *ad Plaut.*) per lo schiavo, e D. 38.17.1.7 (Ulp. 12 *ad Sab.*) per la madre che istituisca uno dei suoi figli *sub condicione*. Argomenti decisivi sarebbero contenuti in D. 28.7.4. 1 (Ulp. 8 *ad Sab.*) e D. 28.7.20.pr. (Labeo 2 *post. a Iav. epit.*) che appaiono per altri però poco probanti (cfr. ad es. BIONDI, *Intorno alla cautio*, cit., p. 248 ss.).

³¹ Paul. *Sent.* 5.9.1.2.

³² Altri (COSENTINI, *Cautio Muciana*, cit., p. 58 ss.) attribuiscono tale estensione a errata interpretazione («frutto inconsapevole di un errore di interpretazione nel quale incorsero i postclassici esaminando e rielaborando i libri *ad Sabinum* di Ulpiano») da attribuire non a Giustiniano, bensì ai giuristi che lo precedettero.

³³ Proprio questo sarebbe stato invece il motivo per cui sarebbe stata escogitata la *cautio*, secondo MASI, *In tema di 'cautio Muciana'*, cit., p. 192: «impedire cioè che il legatario non ricavasse alcun beneficio dalla disposizione».

³⁴ Cfr. infatti D. 40.4.61.pr. (Pomp. 11 *epist.*), a proposito di uno schiavo cui si lasci la libertà nel suo ultimo istante di vita. In un caso analogo non troverà luogo la *cautio Muciana*, se dovesse apparire evidente che il testatore non abbia voluto affatto '*conferre libertatem*'.

³⁵ Sulla considerazione mostrata verso la volontà del testatore assunta non come dogma assoluto, ma in quanto espressione di valori etici condivisi, perciò degni di tutela, si colloca la linea interpretativa di Q. Mucio, che altrove infatti non esita a «sconfessarla», seppure in linea presuntiva, a favore del dato testuale, come nella famosa *causa Curiana* (si veda *infra*, nt. 127). Rispettare la volontà del testatore nel senso di rispettarne la volontà di effettuare la elargizione e allo stesso tempo di scongiurare l'evento dedotto in condizione, giustifica l'applicazione successiva della *cautio* in via di interpretazione a casi diversi dal legato alla vedova, purché non si risposi, e si dilata a legati *per vindicationem*, a fedecommissi, a manomissione, infine all'istituzione stessa di erede. In taluni casi la valutazione equitativa della volontà del testatore poteva spingersi persino a considerare adempiuta fittiziamente la condizione, così come in C.I. 6.37.1 [*Imp. Antoninus A. Pius libertis Sextiae Basiliae*], e D. 34.1.13.1 (Scaev 4 *resp.*), in cui si cita un rescritto di Antonino Pio. All'epoca repubblicana appariva infatti prevalente un'interpretazione equitativa *ex voluntate* nei testamenti e in modo assai più deciso nei rapporti *iure gentium*; in prosieguo la cri-

Non convincente quella lettura (ritenuta oramai maggioritaria) per i sostenitori dell'opposta corrente³⁶, che sarebbe avallata da altre testimonianze³⁷, sebbene non sempre determinanti, perché relative a fattispecie particolari e con alcune limitazioni: fra tutte spiccherebbero proprio i già citati passi in D. 35.1.7.pr. e 35.1.18, che, seppure tacciati di non essere del tutto genuini, sembrano ammetterla in via generale (e già nel pensiero di giuristi severiani) all'istituzione di erede³⁸. Biondi, ad esempio, riconoscendo già ai contemporanei di Giuliano la generalizzazione della *cautio* a tutti i legati sotto condizione sospensiva potestativa negativa, riteneva naturale l'ampliamento ai fedecommissi, data la identità di funzione. La estensione all'istituzione di erede gli sembrava essere stata, poi, addirittura più opportuna, perché avrebbe salvato la fondamentale volontà del testatore di nominare il proprio erede³⁹, né il possibile esperimento del rimedio pretorio della *bonorum possessio* – peraltro accordato *de plano* dal pretore in tutti i casi di pendenza della condizione sospensiva – avrebbe dato luogo a suo giudizio a conflittualità nel cumulo di rimedi⁴⁰.

Decisivo (e indiscutibile) il punto di arrivo, che appare in due passaggi di una lunga e articolata Novella giustiniana del 535, la *Nov.* 22 in materia di seconde nozze, in cui viene ricordato il rimedio escogitato dal giurista come l'unico modo per consentire alle donne⁴¹ di «contravvenire» a quanto imposto dal marito, per il tempo successivo alla propria morte, e di acquistare la disposizione a loro favore.

Una *lex Iulia Miscella*⁴² avrebbe accordato loro di risposarsi entro un an-

stallizzazione di questo metodo interpretativo provocò l'indifferenza dall'indagine sulla reale volontà del testatore.

³⁶) BIONDI, *Intorno alla cautio Muciana*, cit., p. 248 ss.; sebbene meno decisi, anche VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 608 ss.; e BURDESE, *Muciana cautio*, cit., p. 348, il quale ultimo sfuma affermazioni nette (cfr. *infra*, nt. 38).

³⁷) Cfr. ad esempio D. 35.1.7.1 (Ulp. 18 *ad Sab.*), in cui peraltro l'applicazione della *cautio Muciana* all'*heredis institutio* è chiara, sebbene questa sia l'unica così esplicita.

³⁸) Cfr. BURDESE, *Muciana cautio*, cit., p. 348, il quale opina «che, fra i giuristi classici fosse ... discussa e da taluno ammessa l'applicabilità della *cautio* all'istituzione di erede», salvo proporre di spostare «l'ammissione senza riserve di detta estensione ... dovuta a generalizzazione forse già postclassica dei testi prima che a un voluto intervento giustiniano in merito» come espressione cioè di un organico «intento compilatorio».

³⁹) BIONDI, *Intorno alla cautio muciana*, cit., p. 242.

⁴⁰) SOLAZZI, *Sulla cautio muciana*, cit., p. 365, giudicava invece una «mostruosità» il cumulo di due rimedi cauzionali dall'uguale contenuto.

⁴¹) Sebbene in C.I. 6.40.3 [IMP. IUSTINIANUS A. IOHANNI PP.] [531], avesse affermato di rivolgersi tanto alle donne, che agli uomini, vedove e celibi. Si veda *infra*, nt. 43.

⁴²) Se ne parla in un'unica occasione (cfr. tit. 40 del libro sesto del *Codex repetitae praelectionis*: '*De indicta viduitate et de lege Iulia Miscella tollenda*', in cui, particolarmente in C.I. 6.40.2 [531], l'imperatore afferma di volerne superare le *ambiguitates*) di questa legge,

no, purché con un giuramento rendessero esplicito il loro desiderio di avere figli e che tale apparisse perciò il motivo del nuovo matrimonio: ciò avrebbe consentito l'acquisto definitivo del lascito, senza obbligo di restituzione. Trascorso l'anno, il lascito avrebbe dovuto essere restituito in caso di un nuovo matrimonio.

Giustiniano era già intervenuto con una costituzione (in C.I. 6.40.2)⁴³ che, abolendo la *condicio viduitatis*, esonerava la donna, destinataria di una siffatta clausola, dall'obbligo di quel giuramento (oltre che dalla prestazione della *cautio*)⁴⁴ e quindi della promessa di restituire il lascito, sia se avesse, che se non avesse già avuto figli, e dichiarava rimessa in sostanza la condizione, pur di favorire le seconde nozze. Dopo alcuni anni torna sui suoi passi e, nel capo 43 e poi nel capo 44 al § 9 della Novella 22, sembra ammettere nuovamente l'antico rimedio in via generale in tutti i casi in cui vi fossero clausole condizionali⁴⁵: egli sembra rafforzare poi la decisione appena esposta (che intende estendere infatti al caso di mancata prestazione della cauzione in diverse tipologie di atti *mortis causa*), per ribadire il suo impegno, attraverso tali interventi, nel rispettare la volontà del defunto: e così se il coniuge si sposa

molto probabilmente da identificare con la *lex Iulia et Papia*. Secondo R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, 2006, p. 22 ss., l'errore viene dal fatto che i commissari giustiniani ignorassero il significato di '*miscella*', nel senso di '*satura*', come infatti era la *Lex Iulia et Papia*, una legge cioè vertente su svariati temi, e la attribuirono invece (unicamente nella *Nov. 22*) ad un certo *Iulius Miscellus*.

⁴³ Per il testo si veda *infra*, nt. 103. Cfr. pure C.I. 6.40.3 (IDEM <AMP. IUSTINIANUS> A. IOHANNI PP.) '*Legem Iuliam miscellam quemadmodum in feminis sustulimus, ita et in masculis esse sublatam pertinere quidem ad sensum nostrae legis, quam super hoc promulgavimus, non est incertum. Ne tamen quaedam ambiguitas simplices animos moveat, etiam expressim sancimus legem Iuliam miscellam et senatus consulta, quae circa eam facta sunt, nec non mucianam cautionem, quae super talibus nuptiis introducta est, non solum in feminis, sed etiam in masculis cessare. Sed quia apud Ulpianum in libris Sabinianis invenimus quaedam verba, quae effugiunt legis miscellae observationem, ne quis et ea sublata esse putaverit, sancimus, cum huiusmodi verbis mulieribus aliquid relinquatur: 'si vidua erit' vel 'cum vidua erit' vel 'quotiens vidua erit', vel e contrario maribus: 'si amiserint uxores' vel 'quando ad caelibatum pervenerint', non vetari ea vindicare vel legitimo modo sumere, quae eis derelicta sunt. Neque enim ut permaneant vel feminae in viduitate vel masculi in caelibatu relictum esse videtur, ut locum vel ante nostram legem habeat lex Iulia miscella, quae iam perempta est: sed cum primum hoc evenierit, ilico competat talibus personis eius quod relictum est persecutio, quia sub condicione relictum esse videtur, sive semel sine in annos si ngulos haec liberalitas fuerit conscripta, quasi pro solacio suae tristitiae' (D. K. NOV. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC.) [a. 531]*

⁴⁴ Questo potrebbe essere il motivo per cui, nei testi accolti nei *Digesta*, i compilatori abbiano ommesso o corretto i passi in cui si menzionava la *cautio Muciana*, sulla linea imposta da Giustiniano con le due costituzioni del 531, che ammettevano il coniuge a risposarsi e ad acquistare il lascito, ferma restando la disciplina augustea della condizione di vedovanza imposta, al posto che al coniuge superstite, ad una persona terza. (cfr. R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*³, Padova, 1995, p. 170).

⁴⁵ Cfr. MASI, *In tema di cautio Muciana*, cit., p. 184 ss.

entro l'anno, perde il lascito per sempre; se trascorre l'anno, può ottenere il lascito, ma sarà tenuto alla sua restituzione, se mutasse parere e si risposasse. La volontà imperiale trasfusa nella legge sostituisce in un certo senso la *cautio Muciana*: l'anno di tempo è imposto ora, prima di chiedere il lascito, per consentire una riflessione ponderata sull'opportunità delle seconde nozze.

Sembra che la linea interpretativa giustiniana, peraltro confermata nell'elaborazione⁴⁶ posteriore, abbia prevalso anche nel tempo a seguire, come abbiamo visto.

E' evidente, da questo pur rapido *excursus*, che le testimonianze accolte nel *Corpus iuris* indugino su diversi momenti dell'applicazione della *cautio Muciana*, intorno a cui si avviò infatti il dibattito dogmatico, peraltro oramai sopito.

Cercheremo nelle pagine che seguono, invece, di concentrare la nostra riflessione sui possibili motivi di una stridente assenza nei materiali: curiosamente⁴⁷ infatti, a differenza che altri rimedi ascrivibili a Quinto Mucio, quali ad esempio la cd. *praesumptio Muciana*⁴⁸, fra le tante testimonianze in tema di *cautio*, non sono pervenute tracce della sua prima applicazione, dell'occasione della sua ideazione, degli interessi inizialmente perseguiti, forse, dal giurista repubblicano. Soprattutto è del tutto assente⁴⁹ un riscontro nei passi (conservati nell'antologia giustiniana) dei trentanove libri del commentario *ad Q. Mucium* di Pomponio⁵⁰, che notoriamente (e fortunatamente)⁵¹ ne hanno resti-

⁴⁶) Cfr. *supra*, § 1.

⁴⁷) Ma si veda *supra*, nt. 44.

⁴⁸) Sebbene non certo numerose anche in questo caso: cfr. D. 24.1.51, su cui cfr. M. KASER, *Praesumptio Muciana*, in «Studi P. De Francisci», I, Milano, 1954, p. 215 ss., e F. LAMBERTI, *Suggerimenti in tema di 'praesumptio Muciana'*, in «Φύλαξ: Scritti G. Franciosi», II, Napoli, 2007, p. 1241 ss. Mentre però la *praesumptio* poteva riguardare soltanto il caso della moglie o della vedova, non così la *cautio*, che per via di interpretazione, si è ritenuta estensibile a diverse disposizioni testamentarie, con la conseguenza che si è perso ogni indizio circa la sua iniziale previsione, superata nelle sue premesse ideologiche (come vedremo *infra*, § 5).

⁴⁹) Per la *cautio Muciana* non è possibile neppure «evocare» lo stile retorico del pontefice, che era notoriamente asciutto nell'eloquio, come raccontano più volte coloro che lo conobbero e lo ascoltarono (come Cicerone, ad esempio *de oral.* 1.53.229: «*more suo, nullo apparatu, pure et dilucide*»); o come è possibile intuire da ciò che giuristi successivi tramandano, in particolare, dei suoi ὄροι. Sul punto si veda M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1984, p. 107 ss.

⁵⁰) Cfr. pure il notissimo D. 1.2.2.41 (Pomp. *l.s. ench.*), in cui Quinto Mucio sembra godere di un ruolo di indiscussa autonomia e innovatività, rispetto ai suoi predecessori, e in particolare al padre Publio, nel giudizio di ammirazione che gli riserva il giurista antonino: «*Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo ...*». La letteratura sulla nascita della giurisprudenza romana come scienza autonoma è immensa: cito qui i testi che hanno ispirato le riflessioni presenti, senza alcun criterio preferenziale rispetto ad altri. Si vedano, perciò a puro titolo esempli-

tuito ampi stralci⁵². Indagare l'occasione della sua nascita potrebbe rivelarsi utile anche per le modalità di interazione⁵³, all'inizio del primo secolo a.C., fra i giuristi e il pretore in merito alla realizzazione dello *ius civile*, con effetti ricadenti sui rapporti di quest'ultimo con quello che poi sarà definito *ius honorarium*.

3. Testimonianze

Una delle principali testimonianze da cui evincere un dato circa la sede di applicazione elettiva della *cautio Muciana* è contenuta in D. 35.1.18 (Gai. 18 *ad ed. prov.*), in cui, come già visto⁵⁴, la condizione «di non fare» figura apposta ad un lascito e la promessa di restituzione prestata a favore di colui al quale quel legato, o quella eredità, sarebbero devoluti se la condizione venisse a mancare. Il passo reca senza alcun dubbio tracce di rimaneggiamento, peraltro ampiamente evidenziate dagli studiosi⁵⁵, soprattutto laddove introduce il tenta-

ficativo, F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*, Napoli, 1979, e *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, *passim*, BRESTONE, *Tecniche ed ideologie cit.*, *passim*, A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bari, 1992, *passim*, e *Pensiero giuridico e razionalità aristocratica*, in «Storia di Roma», II.1, Torino, 1988, p. 415 ss, e da ultimo *Ius. L'invenzione del diritto*, Torino, 2005, p. 155 ss.

⁵¹) Nonostante il grande prestigio di cui godano nei secoli i diciotto *libri iuris civilis* di Q. Mucio, nulla è stato accolto direttamente nei *Digesta*, se non anche attraverso il commentario pomponiano, che ne riproduce, spesso puntualmente, il dettato originale ed il pensiero. Ciò ha consentito – pure attraverso le innumerevoli citazioni di altri giuristi – una ricostruzione sebbene parziale della sua opera (cfr. O. LENEL, *Paltingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz, 1960, I, c. 757, n. 1 ss., e, con esiti originali, già annunciati nell'ambito del progetto «Scriptores Iuris Romani», a cura di J.L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi, in corso di imminente pubblicazione).

⁵²) Sul divario cronologico che separa i due giuristi, in sintonia invece per affinità di metodo o profondità di speculazione, e che sembra talora annullato sul terreno astratto ed eterno dello *ius controversum*, cfr. del grande studioso recentemente scomparso D. NÖRR, *Pomponius, oder zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*, in «ANRW», II.15, 1976, p. 497 ss., e E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, I. *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 309 ss. Sulla lettura dell'opera pomponiana, si vedano ancora le riflessioni di M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in «BIDR.», LIII, 1977, p. 195 ss., in particolare p. 261 ss.

⁵³) Cfr. V. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su 'ius civile'/'ius honorarium'*, Napoli, 1993, p. 11 ss.

⁵⁴) Si veda *supra*, § 2. D. 35.1.18 (Gai. 18 *ad ed. provinc.*): *'Is cui sub condicione non facien- di aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautio, ad quem iure civili, deficiente condicione, hoc legatum, eave hereditas pertinere potest'*.

⁵⁵) Cfr. ad es. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 607. Cfr. anche la nota seguente.

tivo di rendere applicabile il rimedio in modo pianamente equivalente sia ai legati che all'istituzione di erede ed inoltre non è ben chiaro in quel secondo caso chi sarebbero i destinatari della cauzione, se soltanto gli eredi civilistici, o non piuttosto anche quelli cd. pretorii, cioè i *bonorum possessores*⁵⁶. Tralasciandosi i problemi della tradizione testuale, è certo che il tenore originario dovesse riguardare i soli legati, anche perché tale è il contesto da cui appare estrapolato il passo gaiano⁵⁷.

Anche D. 35.1.7.pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*), ripropone la medesima ampiezza di previsione, facendo riferimento tuttavia a condizioni specificamente potestative negative, ben esemplificate peraltro come *'quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta 'si in Capitolium non ascenderit' 'si Sticum non manumiserit' et in similibus'*. L'utilità di un tale rimedio è riconosciuta da tutti, Aristone, Nerazio, Giuliano, e ha persino conforto in una costituzione imperiale di Antonino Pio. Anche in questo enunciato viene aggiunto, forse in un secondo momento⁵⁸, che tale rimedio trova applicazione anche nelle eredità, oltre che nei legati.

La qualificazione delle condizioni (anche nel passo ulpiano: di non fare) che ammettono la *cautio*, tende ad equipararne gli effetti a quelle *'quae morte legatariorum finiuntur'*, le quali cioè vedono avverata la condizione solo nell'ultimo istante di vita dell'onorato, e che possono risolversi positivamente grazie all'espedito muciano. E' questo il caso previsto in D. 35.1.73 (Pap. 19 *quaest.*)⁵⁹ o anche in D. 36.1.67.1 (Maec. 5 *fideicommiss.*)⁶⁰, in cui la pro-

⁵⁶) Certo *'eave'* sembra stridere con *'hoc'*, al quale appare aggiunta in un secondo momento. Alcuni hanno infatti proposto di restituire il passo in questo modo, che lo rende più chiaro, sebbene forzandolo in una stesura attualizzante: *'Is cui sub condicione non faciendi aliquid relictum est, et scilicet cavere debet [Muciana cautio], ad quem iure civili, deficiente condicione, [hoc] legatum, [eave hereditas] pertinere potest'*: cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 604, nt. 80.

⁵⁷) Cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., I (*Gai. ad ed. provinc.*), c.226, n. 310 ss..

⁵⁸) Particolarmente criticato (cfr. ad esempio, per tutti, BIONDI, *Intorno alla cautio Muciana*, cit., p. 251, e VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 608 ss.) il primo paragrafo del medesimo stralcio (D. 35.1.7.1), in cui gli infiniti delle proposizioni principali non sembrano retti da alcun soggetto o verbo finito, il che lascia intuire che sia caduto un riferimento magari al giurista rispondente (*Labeo*). E' da segnalare inoltre un contrasto con D. 28.7.20.pr. (*Labeo 2 post. a Iav. epit.*), in cui Labeone sembra ignorare la *cautio* in caso di *institutio heredis*, preferendo il ricorso a una *denuntiatio*.

⁵⁹) D. 35.1.73 (Pap. 19 *quaest.*): *'Titio, fundus, si in Asiam non venerit, idem, si pervenerit, Sempronio legatus est. Cum in omnibus condicionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur, heres cautionem a Titio accepit et fundum ei dedit ...'*.

⁶⁰) D. 36.1.67. 1 (Maec. 5 *fideicommiss.*): *'Si testator rogasset heredem, ut restitueret hereditatem mulieri, si non nupsisset, dicendum erit compellendum heredem, si suspectam dicat hereditatem, adire et restituere eam mulieri, etiamsi nupsisset. idem in ceteris quoque condicionibus Iulianus noster probat, quae similiter nisi fine vitae expleri non possent, secundum quam sententiam cautio praestita his, quo-*

messa cauzionale andrebbe considerata alla stregua di un adempimento fittizio⁶¹, appunto, grazie a cui si potrebbero produrre gli effetti giuridici civili, rendendosi immediatamente efficace l'acquisto.

Nonostante queste estensioni della *cautio*, in sede di applicazione, a manumissioni, fedecommissi e forse anche all'istituzione di erede, è indubbio (ed infatti gli studiosi sono concordi sul fatto) che la gran parte delle testimonianze in cui si menziona la *cautio Muciana*, appartenga ai legati gravati di condizione di non risposarsi, e che questa dovesse essere la sua iniziale '*sedes materiae*'.

La riflessione dei giuristi ne precisa nel tempo i dettagli, spesso estendendone l'ambito di operatività a fattispecie consimili, come ad esempio in D. 31.76.7 (Pap. 7 *resp.*), in cui il destinatario della promessa, che avesse posto in essere il comportamento dal quale doveva invece astenersi, era tenuto a restituire anche i frutti: '*si postea fecerit, fructus quoque legatorum (quos principio promitti necesse est) restituere debet*'⁶². E naturalmente prevede che la promessa venisse prestata dal beneficiario all'erede, che avrebbe trattenuto l'oggetto del legato nel suo patrimonio, qualora non fosse stata adempiuta la condizione. Ancora in D. 35.17.3 (Pap. 19 *quaest.*), si espongono i giochi processuali, derivanti dall'interposizione della *stipulatio*, a favore dell'erede del beneficiario di un legato di fondo gravato da una *condicio* del tenore di '*si in Asiam non venerit*'; talora anche per negarli, come in D. 35.1.77.1-2 (Pap. 7 *resp.*), dove si afferma che '*Muciana cautio locum non habet, si per aliam condicionem actio legati differri possit. Titio, si mulier non nubserit, heres 'centum dato': quam pecuniam eidem mulieri Titius restituere rogatus est. Si nubserit mulier, die legati cedente, fideicommissum petet: remoto autem fideicommissio legatarius exemplum Mucianae cautionis non habebit*'.

Era poi possibile sottoporre il legato a favore di una persona alla condizione del parere arbitrario di un terzo⁶³ circa le nozze, il quale poteva pure opporvisi, con la conseguenza che il legato sarebbe rimasto inefficace⁶⁴.

Il vincolo alla libertà di sposarsi⁶⁵ apposto alla disposizione testamentaria

rum interest, ab his, quibus restitui sub isdem condicionibus heres rogatus esset, restituet hereditatem'.

⁶¹) Cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 604 nt. 80.

⁶²) Cfr. pure D. 35.1.79.2-3 (Pap. 1 *def.*).

⁶³) Interessante il caso (cfr. D. 35.1.28.pr. [Paul. 2 *epit.*] e D. 30.54.1 [Pomp. 8 *ad Sab.*]) in cui l'arbitro premorisse al testatore, lasciando così sospesa anche la disposizione: Servio valutò troppo rigorosa la mancata produzione di effetti dovuta al puro fatto, la premorienza del terzo, cioè, e ammise il legatario nubendo a ricevere l'attribuzione il giorno delle nozze, in cui si fingeva che si fosse adempiuta la condizione.

⁶⁴) Si veda poi D. 35.1.72.4 (Pap. 18 *quaest.*), in cui si considera non apposta la clausola nella parte in cui subordina il matrimonio alla volontà dell'arbitro, con un chiaro rimando alla legislazione augustea: '*eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatu*'.

⁶⁵) Inteso nel senso di proibire il matrimonio, e non piuttosto di favorirlo, come nel

ria doveva in ogni caso apparire assoluto: la dinamica del rimedio muciano, definito chiaramente come una *satisfatio*, non riusciva a sanare sempre l'operatività di un legato condizionato, che poteva infatti restare comunque improduttivo, come nel caso in cui si ponesse in condizione «di non sposare Tizio», ritenuta non degna di tutela:

D. 35.1.106 (Iul. 25 *dig.*): Hoc genus legati 'si Titio non nubserit' perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset, et ideo nec Muciana satisfatione interposita capere legatum potest. Sed et alii nubendo nihilo minus legatum consequitur.

Inoltre la condizione doveva riguardare il medesimo beneficiario della disposizione, ben potendosi legare a favore di Tizio, a condizione che la vedova del disponente non si risposasse: in tale caso, infatti, ove mai quella si fosse risposata, il legato non avrebbe potuto essere attribuito a Tizio⁶⁶ senza alcun soccorso.

Siffatte limitazioni alla libertà personale degli individui⁶⁷, al loro sereno esprimere la propria personalità, come ad esempio nello spostarsi sul territorio, o nella scelta del nome, o anche nella decisione di (non) sposarsi, se apposte in forma condizionale a negozi giuridici, vengono normalmente ricomprese nel novero di clausole illecite, qualifica che indubbiamente acquistano se il loro contenuto viene a coincidere con un espresso divieto giuridico. Fra queste ultime si rinviene proprio la condizione di vedovanza, che certo restringeva la libertà personale della moglie, per il periodo successivo alla morte del

succitato D. 35.1.72.4 (cfr. la nota precedente); ciò che era invece perfettamente consentito.

⁶⁶) Cfr. ad es. C.I. 6.40.1 (*Imp. Gordianus A. Bono*, a. 241), ferma l'eventualità che il beneficiario potesse opporsi al nuovo matrimonio, particolarmente se si trattasse di congiunto o che avesse in potestà la donna, su cui si veda pure D. 35.1.79.4 (Pap. 1 *def.*): *'Quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet, veluti: Titio patri centum, si filia, quam habet is in potestate, non nupserit, heres dato' vel: filio familias, si pater eius uxorem non duerit, heres dato ...*'.

⁶⁷) In particolare la libertà di contrarre matrimonio era uno dei caposaldi dell'esperienza giuridica repubblicana, che consentiva ad una minore operatività solo in concorrenza di interessi pubblici superiori, come ad esempio l'incremento demografico. Diversamente, in presenza di meri interessi privati (come quelli sottostanti a promesse *ex stipulatu* con cui i fidanzati si obbligassero a contrarre matrimonio, oppure a farlo in cambio di denaro ecc.) gli atti *inter vivos* o *mortis causa*, come nel caso che dovette suscitare l'intervento della *cautio Muciana*, pur essendo astrattamente ammissibili, erano nei fatti del tutto improduttivi. Quanto alle condizioni specificamente *turpes* o *contra legem*, apposte a dichiarazioni liberali di ultima volontà, però, il regime mutò grazie all'intervento pretorio, che, su istanza dell'onorato, ne operava una *remissio*, fino a quando in età severiana quelle furono in generale ritenute come non apposte. Giustiniano le affiancò infine, anche concettualmente, a quelle impossibili (C.I. 6.41.1, *Iust. A. Menae pp.*, a. 528 e *Iust. Inst.* 2.20.36).

marito, quando apparve contraria agli obiettivi perseguiti poi dalla legislazione matrimoniale augustea⁶⁸, che – comminando incapacità e divieti – intendeva favorire le unioni legittime e la procreazione.

In tali tipologie di clausole, infatti il regime augusteo aveva limitato la capacità dei privati di intervenire sulla propria libertà matrimoniale, piuttosto ampia invece nell'età della repubblica, incidendo non soltanto sugli atti *inter vivos*, ma soprattutto su quelli *mortis causa*. La *condicio viduitatis* era uno dei casi più frequenti, come vedremo: essa rimaneva tuttavia ancora astrattamente ammissibile, in virtù del fatto che il coniuge superstite poteva volersi mantenere fedele alla memoria del defunto; oppure se fosse intesa dal testatore a favorire un matrimonio con una persona specifica da lui indicata; o se apposta a disposizione che beneficiasse un estraneo diverso dal coniuge. Se invece era imposta in modo assoluto (e non relativamente ad una persona specifica) e a carico del destinatario della disposizione, come il coniuge beneficiario del legato cioè⁶⁹, appariva sicuramente illecita. Ferma rimaneva la possibilità per il coniuge, se lo volesse, di rispettare la volontà del defunto; ma se voleva risposarsi, poteva farlo entro un anno, acquisendo il lascito definitivamente, e subito. Trascorso l'anno, invece, avrebbe dovuto restituirlo se passava a nuove nozze: il giuramento che il matrimonio avesse scopo di procreazione serviva a fugare i dubbi sulle reali intenzioni dei nuovi nubendi, che dovevano apparire indirizzate a costituire una nuova famiglia e non certo ad acquistare il lascito (di ciò ci informa Giustiniano, come visto, anche in *Nov.* 22.43).

Dunque la condizione di vedovanza sarebbe stata considerata come non apposta, come del resto altre condizioni *contra legem* o *contra bonos mores* aggiunte a disposizioni *mortis causa*: tale esito sarebbe avvenuto in alcuni casi *ipso iure*, in altri disposto dal pretore con una *remissio*. In particolare se imposta al coniuge, poteva essere considerata ‘*nullius momenti*’ e quegli avrebbe potuto risposarsi, come consiglia Giuliano riportato da Terenzio Clemente⁷⁰: ‘*Cur vir uxori si a liberis ne nubserit in annos singulos aliquid legavit, quid iuris sit? Iulianus respondit, posse mulierem nubere et legatum capere*’ A meno che ciò non fosse prescritto come limite più complesso, come descrive Gaio⁷¹: ‘*Cum ita*

⁶⁸) ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 161 ss.

⁶⁹) Cfr. D. 35.1.72.4 (cfr. *supra*, nt. 64) in cui la condizione si qualifica illecita e si ha per non apposta, con la conseguenza che la disposizione produce gli effetti che avrebbe prodotto se il destinatario avesse adempiuto alla condizione. Se poi si dispone un legato a favore di un terzo, a condizione che la vedova del disponente non si risposi, il legato non produrrà effetti (e il terzo non lo acquisterà) in caso di avveramento della condizione (se la vedova si risposi, cioè), come secondo C. 6.40.1. (cfr. *supra*, nt. 66).

⁷⁰) Cfr. D. 35.1.62.2 (Ter. Clem 4 *ad l. Iul. et Pap.*).

⁷¹) D. 35.1.63.pr. (Gai 3 *ad l. Iul. et Pap.*).

legatum sit 'si Titio non nubserit' vel ita 'si neque Titio neque Servio neque Maerio nubserit' et denique si plures personae comprehensae fuerint, magis placuit, cuilibet eorum si nubserit, amissuram legatum, nec videri tali condicione viduitatem iniunctam, cum alii cuilibet satis commode possit nubere'.

Anche grazie alla legislazione augustea, la valutazione di illiceità della *condicio non nubendi* e della sua più opportuna influenza sulle sorti dell'atto *mortis causa*, giunse in età tardoantica a far valere la piena ed immediata operatività del negozio condizionato, senza neppure l'intermediazione del rimedio pretorio⁷². Fino ad allora si registrano posizioni interpretative disperate da parte dei giuristi, tese a valutare ora maggiormente la volontà del testatore, ora altri profili. In ogni caso la vedovanza imposta con una clausola condizionale sospensiva compare ancora con molta frequenza, pur adattandosi di volta in volta alle nuove realtà.

Sul modello di quella clausola appaiono nelle fonti esempi che accomunano al «non risposarsi» circostanze eterogenee, come «non salire sul Campidoglio» o ancora «non manomettere lo schiavo», esponendosi per tutti una disciplina comune⁷³, da cui estrapolare una vera e propria *regula*⁷⁴; è palese che il regime si stabilizzi nel corso dei secoli e che nella codificazione giustiniana si dia conto solo in parte di tale processo diacronico.

Dalla lettura dei testi, così come ci sono pervenuti, sembra però possibile ricavare un dato circa il caso che, presentatosi con maggiore frequenza, potrebbe persino aver suscitato l'intervento del grande giurista e che dovè

⁷² E' appena il caso di segnalare che questo regime si consolidò in età tardoantica, nel senso che le condizioni illecite furono considerate tutte inefficaci *ipso iure* (cfr. *Paul. Sent.* 3.4^b.2, in cui la condizione di vedovanza è equiparata a quella di non avere figli, ma pure a quella di commettere un omicidio, tutte qualificate '*contra leges et decreta principum vel bonos mores*' e come tali '*nullius momenti*'; cfr. pure C.I. 6.40.1 [a. 241]); e fra queste è appunto annoverata anche quella '*si uxorem non nubseris*'. Giustiniano poi, nello specifico caso di *condiciones viduitatis*, avrebbe ammesso, come abbiamo visto, al godimento del lascito il coniuge senza alcun giuramento né attesa che la condizione fosse avverata (C.I. 6.40.2 e C.I. 6. 40.3, entrambe datate 531; cfr. anche *supra*, nt. 42 e 43). E infine, con la *Nov.* 22.43-44 le avrebbe ritenute invece ammissibili in generale in quanto lecite, in base a valutazioni del tutto divergenti dalle precedenti ...

⁷³ Sebbene con profili differenziali, ad esempio per la concessione della libertà: D. 40.4.17 (Iul. 42 *dig.*); D. 40.4.61.pr. (Pomp. 11 *epist.*) e D. 40.7.4.1 (Paul. 5 *ad Sab.*).

⁷⁴ Cfr. G. GROSSO, *I legati*, II, Torino, 1955, p. 180 ss., il quale attribuisce, nell'elaborazione successiva «come principio» (p. 180 nt. 1), particolare importanza a Giuliano (cfr. D. 36.1.67 [65].1). A suo parere il meccanismo della *cautio* convertiva la condizione, precorrendo i tempi, «facendo del fatto contrario la condizione di una risoluzione degli effetti dell'atto; ... surrogando, con una distinta assunzione dell'obbligo condizionato di restituzione, il meccanismo, ignoto ai Romani, di una condizione risolutiva in senso proprio» (p. 180).

essere proprio quello della condizione che imponeva la vedovanza, o per meglio dire un legato disposto dal testatore a favore della propria futura vedova, cui si aggiungeva la clausola condizionale di non risposarsi⁷⁵.

4. *Occasio*

Come si è visto, la storia dei passi in cui si menziona la *cautio Muciana* è senza dubbio accidentata. La legislazione augustea influì notevolmente sulla valutazione delle clausole limitatrici delle libertà matrimoniali⁷⁶ da parte dei giuristi, che ne modellarono talora l'ammissibilità o meno in funzione delle finalità perseguite da quella. In età tardoantica, poi, il condizionamento del cristianesimo contribuì ulteriormente a incidere su quegli antichi testi, avversando ad esempio le seconde nozze, come ben esplicitato infine nella legislazione giustiniana: naturalmente ne risentì pure la tradizione testuale, che registra infatti cesure, manipolazioni e correzioni; oltre al fatto che la riflessione giurisprudenziale diventò sempre più astratta, nel senso cioè di essere convogliata sui dettagli del caso concreto per ammettersi o negarsi l'acquisto del lascito, eventualmente in modo definitivo o provvisorio, in attesa della sua restituzione; oppure sulla operatività della clausola apposta e sulle sue possibili qualificazioni (come abbiamo visto, di condizioni sospensive potestative genericamente negative, o meno); e si tralasciò del tutto (stante la dovizia di casi che ruotavano intorno a questo 'momento' di interpretazione negoziale) di riportarne l'ambito di iniziale ispirazione.

Sebbene Quinto Mucio sia immortalato da Pomponio come colui che ordinò il *ius civile* in modo sistematico, certo si può immaginare che l'occasione gli fosse giunta attraverso un quesito occasionale di cui era stato investito nella attività rispondente⁷⁷, consueta e impegnativa per i giuristi della sua epoca. E per la verità sembra proprio di intravedere con facilità il caso nello sfondo degli scarni attuali enunciati, sollevato da una moglie insignita di un legato con la condizione di non risposarsi, che avesse rappresentato l'*empasse* in cui sarebbe

⁷⁵ Pur se concettualmente coincidenti, divergono nella formulazione, positiva o negativa, la condizione di vedovanza e quella di non risposarsi. A questa seconda occorre riferirsi nella valutazione dell'applicazione della *cautio Muciana*.

⁷⁶ Cfr. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 12 ss.

⁷⁷ «Le serie casistiche ricavate direttamente dall'attività rispondente o dalla tradizione della disciplina» costituivano il sapere dello *ius civile* caratterizzato ora dall'astrazione dei concetti giuridici: questa la novità dirompente rappresentata dall'opera di Q. Mucio»; così SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 172 ss.

incorsa, e cioè il non poter godere del lascito praticamente mai.

Gli studiosi spesso⁷⁸ suggeriscono che tale potrebbe essere stata l'occasione della formulazione della *cautio Muciana*, essendo molto frequente nella pratica, e anche ricorrente nella riflessione muciana⁷⁹ in tema di legati. A differenza che nella *praesumptio Muciana*⁸⁰, riportata da Pomponio in un contesto particolare, per la *cautio* è tuttavia impossibile una simile ricostruzione, se non presuntiva. Eppure, come l'altro rimedio, anche il nostro dovè nascere in quel contesto.

Assai frequenti erano le disposizioni a titolo particolare, con cui il testatore destinava ad altri, e soprattutto alla moglie, parti del suo patrimonio per il tempo dopo la propria morte: e così, accanto al *legatum* di *instrumentum domus, ornamentum* e *domus instructa*⁸¹, relativi a tutto ciò che ruotava intorno alla magione di famiglia (materiali edili, schiavi custodi, quadri e statue, mobili e oggetti che la arredavano), egli poteva assegnare provviste alimentari (*penus*)⁸², solide o liquide; vino⁸³; argento e oro⁸⁴; legna⁸⁵; lana⁸⁶ e lino⁸⁷; vestiti⁸⁸, gioielli e altre suppellettili⁸⁹; libri e carta⁹⁰; animali⁹¹ oppure schiavi⁹².

Alcuni di questi legati avevano lo scopo di garantire l'appannaggio di determinati oggetti d'uso quotidiano specificamente alla moglie, come ad esem-

⁷⁸) Cfr. per tutti VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 605.

⁷⁹) Come si evince dalla ricostruzione di Lenel del secondo dei *libri iuris civilis*. In attesa della pubblicazione di una parziale revisione (si veda *supra*, nt. 51), cfr. LENEL, *Paltingenesia*, cit., I (*Q. Muc. Scaev.*), c. 759, n. 13 ss.

⁸⁰) Cfr. LAMBERTI, *Suggerzioni in tema di 'praesumptio Muciana'*, cit., p. 1257.

⁸¹) Cfr. ad esempio D. 33.7.12.42 (Ulp. 20 *ad Sab.*) e D. 33.7.20 (Scaev. 3 *resp.*).

⁸²) Cfr. il titolo *'de penu legata'*, D. 33.9, e quanto in Gell., *noct. Att.* 4.1.16-17. Cfr. in particolare, D. 33.9.3.pr. (Ulp. 22 *ad Sab.*): *'... et Quintus Mucius scribit libro secundo iuris civilis penu legata contineri, quae esui potuique sunt'*. Proprio questa valutazione da parte del giurista è occasione di riflessione sui canoni interpretativi nei legati. Si veda sul tema ancora C.A. MASCHI, *Studi sull'interpretazione dei legati. Verba e voluntas*, Milano, 1938, *passim*. Interessante leggere cosa i giuristi intendessero fosse da ricomprendere nella *penu legata*, su cui cfr. M. LAURIA, *Penu, penu legata*, ora in *Studi e ricordi* (cur. F. d'Ippolito), Napoli, 1983, p. 544 ss. Questo legato era particolarmente importante, in quanto alla moglie spettava il compito di gestire la dispensa di famiglia e di provvedere all'alimentazione dei figli (cfr. D. 33.9.7, Scaev. 3 *resp.*).

⁸³) D. 33.6: *'De tritico vino vel oleo legato'*.

⁸⁴) D. 32.53 (Paul. 4 *ad Sab.*).

⁸⁵) D. 32.55 (Ulp. 25 *ad Sab.*).

⁸⁶) D. 32.88 (Paul. 5 *ad l. Inl. et Pap.*)

⁸⁷) D. 32.70.10 (Ulp. 22 *ad Sab.*).

⁸⁸) D. 34.2.8 (Paul. 9 *ad Plant.*).

⁸⁹) D. 33.10.3 (Paul. 4 *ad Sab.*), avente ad oggetto sedie, tavoli.

⁹⁰) D. 32.52.pr. (Ulp. 24 *ad Sab.*).

⁹¹) D. 30.21 (Ulp. 15 *ad Sab.*).

⁹²) *Paul. Sent.* 3.6.69.

pio il legato *'mundus'*, con cui il testatore le assicurava ciò che fosse destinato alla cura della sua igiene e bellezza, come specchio, unguenti, boccette, lavabi, con esclusione peraltro di ciò che, invece, serviva alle cure mediche e alla salute⁹³. O ancora, il legato di *'ornamenta'*⁹⁴, che comprendeva tutto ciò che assolvesse ad abbellirne il corpo, gioielli, dunque, ma anche acconciature, cappelli, fasce, cappe; mentre il legato di *'vestimenta'*⁹⁵ concerneva ogni capo destinato all'abbigliamento. Invero non sempre la disposizione era formulata in modo specifico, presentando descrizioni puntuali dei beni cui il testatore facesse riferimento, ora includendo ora escludendo determinati cespiti: il testatore poteva infatti volervi ricomprendere cumulativamente gli oggetti che la moglie⁹⁶ avesse già avuto a sua disposizione mentre era in vita, purché in uso esclusivo: questo sarebbe stato l'oggetto di un legato assai diffuso, che verteva *'de his quae uxoris causa parata sunt'*⁹⁷. Ce ne fornisce quasi una definizione Ulpiano in:

D. 32.45 (Ulp. 22 *ad Sab.*): Hoc legatum *'uxoris causa parata'* generale est et continet tam vestem quam argentum aurum ornamenta ceteraque, quae uxoris gratia parantur. Sed quae videantur uxoris causa parari? Sabinus libris ad Vitellium ita scripsit: quod in usu frequentissime versatur, ut in legatis uxoris adiciatur *'quod eis causa parata sint'*, hanc interpretationem optinuit, quod magis uxoris causa quam communis promiscuisque usus causa paratum foret...

⁹³ Cfr. D. 34.2.25.10 (Ulp. 44 *ad Sab.*: *'... mundus mulieris est, quo mulier mundior fit: continetur eo specula matulae unguenta vasa unguentaria et si qua similia dici possunt, veluti lavation riscalus ...'*) e D. 34.2.25.12 (Ulp. 44 *ad Sab.*: *'Unguenta, quibus valetudinis causa unguimur, mundo non continentur'*).

⁹⁴ D. 34.2.25.10 (Ulp. 44 *ad Sab.*): *'Ornamenta muliebria sunt, quibus mulier ornatur, veluti inares armillae viriolae anuli praeter signatorios et omnia, quae ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causa: quo ex numero haec sunt: aurum gemmae lapilli, quia aliam nullam in se utilitatem habent'*.

⁹⁵ D. 34.2.23.1 (Ulp. 44 *ad Sab.*): *'Vestimentorum sunt omnia lanea lineaque vel seryca vel bombycina, quae induendi praecingendi amiciendi insternendi iniciendi incubandive causa parata sunt et quae his accessionis vice cedunt, quae sunt insitae picturae clavique qui vestibis insuuntur'*. Il lungo stralcio prosegue poi nel descrivere come si differenzino gli abiti maschili da quelli femminili o destinati ai fanciulli. Si veda pure D. 34.2.25.pr.-9 (Ulp. 44 *ad Sab.*), in cui Ulpiano indugia sui materiali di cui possono essere fatti gli abiti e gli accessori.

⁹⁶ Anche i figli o terzi potevano figurare come destinatari, sebbene quello della moglie era certo il caso più frequente: cfr. D. 32.29.pr. (Lab. 2 *post. a Lav. epil.*).

⁹⁷ La disposizione poteva essere generica o specifica, indicando in dettaglio quali fossero i beni da ricomprendervi; e grazie alla formulazione al tempo presente o passato, si poteva pure fornire un'indicazione per individuarli grazie al riferimento al momento della confezione del testamento (*'quae paravi; quae parata sunt'*) oppure della morte (*'quae parata erint'*). Cfr. ad es. D. 34.2.2 (Afric. 2 *quaest.*).

E Pomponio contribuisce a specificarla meglio, riportando proprio il pensiero del pontefice:

D. 34.2.10 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*): Quintus Mucius ait: si pater familias uxori vas aut vestimentum aut quippiam aliud ita legavit 'quod eius causa emptum paratumque esset', id videtur legasse, quod magis illius quam communis usus causa paratum esset.⁹⁸

Tale legato, dunque, serviva a garantire alla moglie l'appannaggio per il tempo di vedovanza delle cose di cui si serviva (senza dividerle con il marito)⁹⁹ in costanza di matrimonio, e cioè vestiti, gioielli, attrezzi per il lavoro domestico e per il divertimento. Ne erano esclusi quei beni che fossero adoperati da entrambi o destinati ai figli: si realizzava negli effetti¹⁰⁰ una sorta di *peculium*, che veniva così lasciato in eredità alla vedova. Attraverso questa disposizione era possibile crearle, a suo uso esclusivo, un piccolo patrimonio, composto di diverse tipologie di beni, che corrispondevano allo *status* di cui ella aveva goduto come moglie: da tempo, già prima della *lex Voconia*, che vietava ai cittadini della prima classe di istituire erede una donna, era frequente diseredare la moglie *in manu* – come le figlie per cui era stata data la dote –, assicurandole mediante legati l'equivalente di quanto corrispondeva alle sue legittime aspettative successorie.

A questo medesimo scopo sarebbe stato creato poi il legato di usufrutto¹⁰¹, che diventò nel tempo uno dei più comuni¹⁰² (viene peraltro menzio-

⁹⁸) Da segnalare poi come si sovrappone il pensiero dei Pomponio a quello di Mucio, nel prosieguo del lungo e articolato passo, per meglio definire l'oggetto e le finalità di tale legato (genericamente comprensivo per Mucio delle cose in uso esclusivo della moglie), e della sua interpretazione (in cui era opportuno distinguere il legato invece di cose certe e determinate, con un regime parzialmente diverso): '*Sed hoc verum est et non solum, si ipsius viri et uxoris communis usus, sed etiam si liberorum eius aut alterius alicuius communis usus fuerit: id enim videtur demonstrasse, quod proprio usui uxoris comparatum sit. Sed quod Quintus Mucius demonstrat 'vas aut vestimentum aut quid aliud', efficit, ut falsa sint quae subiecitimus: multum enim interest, generaliter an specialiter legentur haec ...*' (D. 34.2.10, Pomp. 5 *ad Q. Muc.*).

⁹⁹) Cfr. anche D. 31.35 (Modest. 16 *resp.*). I beni concessi in uso alla moglie potevano anche essere stati già preparati per una prima moglie e destinati poi per legato alla seconda: D. 32.47.1 (Ulp. 22 *ad Sab.*).

¹⁰⁰) M. J. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, p. 13 ss.

¹⁰¹) D. 33.2 ('*De usu et fructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis*') e *Paul. Sent.* 3.6.17. Per alcuni risvolti attinenti alla '*condicio si non nupsert*' imposta alla moglie beneficiaria di un legato di usufrutto con Tizio, si veda poi D. 35.74 (Pap. 32 *quaest.*). Sul tema in particolare M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I. *Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, p. 20 ss., che ritiene l'istituto pienamente consolidato proprio intorno alla metà del secondo secolo a.C. Cfr. pure M. MARRONE, *La posizione possessoria*

nato anche da Giustiniano in C.I. 6.40.2¹⁰³, come se fosse l'ambito usuale di riferimento dell'applicazione della *cautio Muciana*), soprattutto perché consentiva di provvedere ai bisogni della *mulier sine manu*, che, a differenza di quella *cum manu*, non entrando a far parte della famiglia del marito, non aveva aspettative successorie nei suoi confronti.

Tutte queste disposizioni corrispondevano alla volontà del testatore di procurare alla vedova, se necessario, adeguato sostentamento, ma – in via primaria – di assicurarle lo stesso precipuo tenore di vita, in quanto espressione dello *status* sociale, di cui ella aveva goduto durante il matrimonio. La preoccupazione per il suo futuro era ancora molto sentita nel contesto socio-economico dell'età tardo-repubblicana, pur cominciandosi già a sfrangiare la vincolatività e la forza della *manus maritalis*¹⁰⁴.

Nell'orizzonte di riflessione del pontefice, si rinviene traccia di questa

del nudo proprietario, in «AUPA», XXVIII, 1961, p. 5 ss.

¹⁰² D. 33.2.27 (Scaev 1 *resp.*), D. 33.2.37 (Scaev. 33 *dig.*) e D. 33.2.38 (Scaev 3 *resp.*). Vi accenna più volte anche Cicerone, ad esempio in *Pro Caec.* 11 ('*Moritur Fulcinius – multa enim, quae sunt in re, quia remota sunt a causa, praetermittam – testamento facit heredem quem habebat e Caesennia filium; usum et fructum omnium bonorum suorum Caesenniae legat ut fruere una cum filio*') o anche *top.* 4.21. Cfr. pure *Vat. fragm.* 58.

¹⁰³ C.I. 6.40.2 (IMP. IUSTINIANUS A. IULIANO PP.): '*Ambiguitates legis Iuliae miscellae generali lege tollentes nullum concedimus fieri iuramentum secundum praedictam legem, sed penitus ea cum muciana cautione super hac causa quiescente licere mulieribus, etiam maritorum suorum interminatione sprete, quae viduitatem eis indicit, et non dato sacramento procreandae subolis gratia, tamen ad secundas migrare nuptias, poena huiusmodi cessante, sive habeat liberos, sive non, et percipere ea, quae maritus dereliquit quorum omnium manifestissimum est dominium minime eas liberis existentibus habere usu fructu tantummodo apud eas manente et ad liberos prioris tori proprietate eorum deferenda secundum ea, quae de secundis nuptiis lucrisque ex his mulieribus statuta sunt, ne ex necessitate legis et sacramento colorato periurium committatur. 1. Cum enim mulieres ad hoc natura progenit, ut partus ederent, et maxima eis cupiditas in hoc constituta est, quare scientes prudentesque periurium committi patimur? 2. Tale igitur iuramentum conquiescat et lex Iulia miscella cedat cum muciana cautione super hoc introducta, a re publica separata. Augeri etenim magis nostram rem publicam et multis hominibus progenitis frequentari quam impiis periuriis adfici volumus, cum satis esse inhumanum videtur per leges, quae periuria puniunt, viam periuriis aperiri*'. (D. X K. MART. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC.) [a. 531].

¹⁰⁴ Cfr. pure LAMBERTI, *Suggerioni in tema di praesumptio Muciana*, cit., 1257 s., che valuta, a proposito della *praesumptio Muciana*, ai tempi di Q. Mucio, già «abbondantemente diffusa» la pratica della *trinoctii usurpatio*, che annullava la *manus*, in ciò contestando particolarmente la lettura di KASER, *Praesumptio Muciana*, cit., p. 223 ss. In caso di matrimonio senza *manus*, come noto, la moglie non avrebbe partecipato alla successione del marito, rimanendo nell'asse della propria famiglia; in particolare, se ancora figlia, il padre avrebbe potuto istituirla erede insieme agli altri figli o, più frequentemente, le avrebbe legato la dote o il peculio, diseredandola '*inter caeteros*' (cfr. D. 33.5.21, Scaev. 22 *dig.*); se invece fosse stata autonoma, al momento della morte del marito, ella avrebbe ricevuto la dote. Nel riconoscimento graduale di diritti successori alla moglie *sui iuris* sui beni del marito, la pratica di queste tipologie di legati giocò un ruolo molto importante.

varietà di disposizioni. Nel secondo libro *de iure civili*, nella ricostruzione offerta da Lenel¹⁰⁵, purtroppo estremamente lacunosa, oltre che in alcuni casi incerta¹⁰⁶, Q. Mucio si soffermava su legati *de lignis* (D. 32.55.pr. [Ulp. 25 *ad Sab.*]); *de penu* (D. 33.9.3.6 e 9 [Ulp. 22 *ad Sab.*]; 45.1.115.2 [Pap. 2. *quaest.*]); *de auro et argento* (D. 34.2.27.pr. [Ulp. 44. *ad Sab.*] e D. 34.2.19.9-10 [Ulp. 20. *ad Sab.*]; D. 34.2.34.pr.-2 [Pomp. 9 *ad Q. Muc.*]); di *fundus* (D. 28.5.35.3 [Ulp. 4 *disput.*]); di veste (come in D. 34.2.33 [Pomp. 4 *ad Q. Muc.*]).

In diversi di questi passi¹⁰⁷ il giurista rivela particolare considerazione per la posizione della moglie: tutela ad esempio la sua integrità, proteggendola in un'indagine processuale sulla derivazione dei beni in suo possesso, presuntivamente considerati come provenienti da suo marito (è questo il contenuto essenziale, come noto, della cd. *praesumptio Muciana*); sembra anche preoccuparsi di garantirle, con mezzi giuridici adeguati, un congruo appannaggio, consentendole di rimanere in possesso di vestiti, gioielli, denaro. Ciò non dipende tuttavia da una spiccata propensione, per così dire, «femminista», che sarebbe davvero anacronistica per la piena età repubblicana, quanto piuttosto per il particolare contesto che allora si delineava all'apertura della successione e che ruotava, invece tutto, ancora intorno al testatore¹⁰⁸.

A proposito della *praesumptio* alcuni¹⁰⁹ hanno prospettato che il rimedio sarebbe stato particolarmente utile nel caso di matrimoni *cum manu*, in cui, come si è detto, alla donna poteva garantirsi per legato l'introito di determi-

¹⁰⁵ Cfr. LENEL, *Palíngenesia*, cit., I (*Q. Muc. Scaev.*), c. 757, n. 1 ss.

¹⁰⁶ Cfr. LENEL, *Palíngenesia*, cit., I (*Q. Muc. Scaev. lib. 2*), c. 759, n. 13 ss. (si veda pure *supra*, nt. 51 e 79).

¹⁰⁷ Ove menzionava la donna che avesse ricevuto il diritto di abitare nella casa, come in D. 7.8.4.1 (Ulp. 17 *ad Sab.*), o come destinataria di legati parziali (ad esempio D. 32.29.1, Lab. 2 *post. a lav. epít.*), o nei già visti D. 34.2.10 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*) e D. 24.1.51 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*).

¹⁰⁸ La *lex Voconia*, un plebiscito del 169 a C., sancendo una incapacità successoria a carico delle donne, in particolare quanto al poter essere istituite eredi dagli appartenenti alla prima classe di censo nei comizi centuriati, oltre che a poter ricevere per legato una somma maggiore di ciò che spettasse all'erede, ne aveva decretato forte discriminazione sociale ed economica, destinata peraltro ad attenuarsi velocemente nel tempo. La legge conferma peraltro *a contrario* l'evidente ricorso alla pratica frequente di istituire eredi le donne, cui si volle porre un argine, anche dopo, '*Voconiana ratione*' (*Paul Sent.* 4.8.20) in via interpretativa, in caso di successione legittima. Si vedano Gai., *inst.* 2.226 e 2.274 e Gell., *noct. Att.* 20.1.23. Cfr. A. GUARINO, *Lex Voconia*, in «Labeo», XXVIII, 1982, p. 188 ss. [ora in *Pagine di diritto romano*, III, Napoli, 1994, p. 259 ss.], B. SIRKS, *Sacra, succession and the 'lex Voconia'*, in «Latomus», LIII, 1994, p. 273 ss., L. MONACO, *Hereditas et mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, *passim*, ed E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 2015, *passim*.

¹⁰⁹ KASER, *Praesumptio Muciana*, cit., p. 223 ss.

nati beni, e allo stesso tempo la si poteva diseredare, per lasciare in capo agli eredi (i figli) la piena titolarità di tutto il patrimonio ereditario. Seppure con alcuni condivisibili rilievi critici¹¹⁰, mi pare sia possibile adoperare tale spunto per alcune considerazioni, che potrebbero valere anche relativamente ai possibili scopi perseguiti da Q. Mucio nell'elaborazione della *cautio*, nonostante per quest'ultima sia di solito elogiata dagli studiosi la capacità del giurista di essere riuscito a contemperare la doppia motivazione della volontà del testatore, da una parte indirizzata ad effettuare il lascito e dall'altra a imporre la condizione di vedovanza. La lettura che comunemente si offre della *cautio Muciana* è infatti nel senso che il testatore volesse scongiurare le seconde nozze di quella che sarebbe diventata la sua vedova, imponendole sostanzialmente, con un larvato ricatto, di non risposarsi. Da queste prime riflessioni, quindi, emergerebbe un quadro in cui la moglie *in manu*, sarebbe stata oggetto di una tutela a livello patrimoniale, nel caso in cui fosse diseredata, come è molto probabile, a favore dei figli; ma pure per esercitare un controllo sulla sua vita futura. Anche nell'escogitazione della *cautio Muciana* la bilancia sembra pendere dalla parte della moglie (si ammette infatti che ella possa in sostanza contravvenire alla condizione apposta dal testatore).

Nonostante questi elementi indiscutibili, non si può comprendere del tutto la portata del rimedio muciano se non ci si interroga sulle dinamiche sociali ed economiche ancora (per poco) cogenti nell'ultimo scorcio della repubblica, all'interno delle quali la donna acquista importanza, se così si vuol dire, nella misura in cui si delinea come riflesso della famiglia cui appartiene, anche da vedova, continuando a proiettare la personalità del defunto nella società in cui vive. Passata alle seconde nozze, la tutela di cui sia stata oggetto dal testatore, che l'ha beneficiata, pur sotto condizione di non risposarsi e dal giurista, che le ha assicurato l'immediato godimento del lascito, viene meno ed ecco sorgere l'obbligo della restituzione. Certamente si ha a cuore il suo sostentamento; il godimento da parte sua di vestiti, gioielli, mobili di cui ha sempre avuto disponibilità in costanza di matrimonio; il mantenimento di un tenore di vita adeguato alla sua personae alla sua condizione. Ma tutto ciò rileva in quanto ella appartiene alla famiglia del defunto: pur se diseredata, è opportuno assicurarle ciò che le spetta, perché così si preserva il suo *status* sociale oltre che quello della stessa *nobilitas* romana. Per meglio dire, questa è l'ideologia che il pontefice sembra proiettare nelle sue valutazioni.

La *mulier* infatti gode del medesimo *honor* del marito, pur se non *in manu*: dignità sociale nell'organizzazione familiare (è lei la *mater familias*); presti-

¹¹⁰ Cfr. *supra*, nt. 104.

gio¹¹¹; il *praenomen*¹¹² gentilizio del marito, declinato nel genitivo di appartenenza (aggiunto o sostituito a quello del padre), soprattutto se particolarmente autorevole; condivisione del domicilio, oltre ai risvolti patrimoniali derivanti dal matrimonio (se *cum manu*, comunione dei beni oltre che di vita e di culti); godimento, direzione e responsabilità dell'amministrazione domestica; educazione dei figli; ma anche assunzione di obblighi sacrali non solo verso il coniuge, ma pure verso la collettività e la divinità, di fronte a cui (particolarmente in epoca più risalente e se *cum manu*) il marito è tenuto a esercitare un potere punitivo esemplare. Tutto questo dà ragione del significato che la società repubblicana attribuiva alla vedova.

Non è questione qui di vietare le seconde nozze, perché violano la fedeltà al primo coniuge, quanto piuttosto perché rendono superate le ragioni del legato di *'id quod uxoris causa paratum est'* o di usufrutto: con il nuovo matrimonio scemano i valori condivisi dalla società di riferimento di Quinto Mucio, che valorizzano precipuamente la trasmissione del patrimonio agli eredi.

5. Una proposta ricostruttiva

Nato intorno al 140, morto per mano dei partigiani di Mario il giovane, nell'82, dopo aver subito peraltro un grave ferimento in un attentato nell'86, Quinto Mucio si dedicò, probabilmente a partire dal suo consolato¹¹³, alla stesura dell'opera in diciotto libri che avrebbe nettamente distanziato quella del padre Publio Mucio, il quale, con Bruto e Manilio, pure aveva avuto il pregio di *'fundare ius civile'*¹¹⁴. Nonostante solo pochi anni lo separassero da quelli, nel ricordo e nell'opinione dei suoi successori, Quinto Mucio compie senza dubbio un «salto di qualità»¹¹⁵. Non intendiamo addentrarci nella va-

¹¹¹ Cfr. ad esempio D. 1.9.1.1 (Ulp. 62 *ad Sab.*: '... *Consulares autem foeminas dicimus consularium uxores ...*') e D. 1.9.8 (Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.*).

¹¹² E se *in manu* anche il *nomen* gentilizio del marito, in aggiunta a quello di suo padre.

¹¹³ Dal 95 cioè, secondo l'opinione corrente. Cfr. SCHIAVONE, *Pensiero giuridico*, cit., 433 ss. Si veda pure M. G. SCACCHETTI, *La presunzione muciana*, Milano, 2002, p. 85 ss.

¹¹⁴ Cfr. Pomp. *l. s. ench.* in D. 1.2.2.39. La fama del giurista giunge fino all'età dei Severi (e oltre, fino ai compilatori giustiniane) anche per il percorso espositivo della materia nei suoi *libri iuris civilis*, paradigmatico per molti, come Alfeno, Labeone, Africano (cfr. LAURIA, *Ius Romanum*, cit., p. 70). Si veda pure S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in «Jura», XXX, 1979, p. 34 ss.

¹¹⁵ Cfr. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 160 ss., che ripercorre la fama di Q. Mucio lungo intere generazioni di giuristi, a partire da Servio, già pochi decenni dopo la pubblicazione dei suoi *libri iuris civilis*, e poi Sabino, Gaio, Pomponio, per citare i principali. Il suo meri-

lutazione della sua figura di grande giurista, ben ritratta nelle tante sfaccettature da importanti studi, anche recenti.

Un dato appare di prima evidenza: Quinto Mucio voleva fissare in un'opera scritta, ordinata e completa, il diritto proprio del popolo romano, lo *ius civile*, in un momento in cui percepiva le tensioni interne e le pressioni dall'esterno per ottenere l'estensione della cittadinanza, come un pericolo per la sopravvivenza delle tradizioni e dei costumi romani nella loro integrità. E' noto, sebbene purtroppo le notizie siano estremamente scarse, che da console si era fatto, nel 95 a.C., promotore della *Lex Licinia Mucia de civibus redigundis*¹¹⁶, conosciuta come contraria agli Italici.

Per lui, che in ciò segue la più antica tradizione di coloro che lo avevano preceduto¹¹⁷, primo fra tutti Sesto Elio, poi Catone, suo padre Publio, il nucleo centrale dello *ius civile*¹¹⁸ è costituito dalla disciplina della famiglia, delle successioni, del diritto delle persone ed a questi temi, secondo le testimonianze pervenuteci, era dedicata la sua opera; mentre, almeno nei ricordi dei giuristi posteriori, scarsissima, se non del tutto assente, era l'attenzione per quel fermento socio-economico – che attraversò la società romana vittoriosa nel conquistare una posizione di stabile preminenza nel Mediterraneo – trasfusa altrove negli istituti del cd. diritto commerciale romano.

Altrettanto acclarato è il suo arcaismo, che non si risolve tuttavia in chiusura verso le nuove istanze della società. E' innegabile che i principali cardini tematici dei suoi libri ruotino intorno ai precetti delle XII Tavole e alle riflessioni dei più antichi giuristi. Q. Mucio difende i valori¹¹⁹ di una clas-

to: aver impresso un ordine per primo al *ius civile*, che è «l'autentico codice della scrittura di Mucio; lo statuto più importante della sua testualità» (p. 157).

¹¹⁶) Cfr. G. ROTONDI, *Leges pulicae populi Romani*, rist., Hildesheim, 1966, p. 335, peraltro proposta di comune accordo con l'altro membro della coppia consolare, che era Licinio Crasso, suo contraddittore nella *causa Curiana*. Sul tema O. BEHRENDIS, *La lex Licinia Mucia de civibus redigundis de 95 a.C. Une loi néfaste d'auteurs savants et bienveillants*, in «Antiquité et citoyenneté. Actes du colloque international de Besançon» (3-5 novembre 1999), Besançon, 2002, p. 15 ss., il quale pone in evidenza le differenze culturali ed ideologiche dei due proponenti (p. 20 ss.).

¹¹⁷) LAURIA, *Ius romanum*, cit., p.12 ss e p. 65 ss.

¹¹⁸) Cfr. G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», IV, Napoli, 1953, p. 445 ss., e in particolare p. 454 ss., il quale ripercorre la sistematica muciana (definita peraltro ancora «rudimentale») che principia nell'esposizione dalla materia successoria (testamenti, legati, tutela etc.), come paradigmatica per opere successive, pure di diversa natura, come i *Digesta* di Alfeno Varo, i *Posteriores* di Labeone, i *libri ex Plantio* di Giavoleno, le *Quaestiones* di Africano, oltre che ovviamente il commentario di Pomponio ad *Q.Mucium* (cfr. p. 446, con tabella).

¹¹⁹) Publio in anni, pare, successivi al 130 a.C., quando ormai l'inizio della crisi provocata dai Gracchi era evidente, cura la raccolta delle tavole pontificali e l'edizione degli

se che si oppone alla crisi della società, e rappresenta così tutti i giuristi che, al pari di quella, esaltano gli ideali della *nobilitas*, in cui si incarnano i valori della stessa essenza del popolo romano. Lo schema concettuale che imprime alla sua opera corrisponde, come in uno specchio, a quello strutturale della società che lui tratteggia e personifica, la quale pone al centro la famiglia, come nucleo fondante di tutto il sistema sociale, privato (successione testamentaria; *patria potestas*, manomissioni, tutela; possesso, usucapione; *iniuria*, furto) e pubblico (questioni della cittadinanza). Scorrendo i suoi enunciati, non emerge alcun accenno al fervore commerciale, economico, espansionistico che dovette certo stravolgere l'assetto cittadino di Roma in quei cruciali secoli: per la verità tale fervore non si intuisce neppure sullo sfondo, lasciandosi invece corpo pieno alla dimensione più intima, contadina, domestica di una società, purtroppo inevitabilmente sul punto di sgretolarsi.

Nel suo ribadire «il primato del vecchio *ius civile* come misura del presente»¹²⁰, tuttavia, in un'estrema difesa della stessa *nobilitas* senatoria repubblicana, egli non rinuncia ad una strategia di rinnovamento¹²¹ attraverso l'introduzione di nuove «forme concettuali», che senza negare l'impianto sistematico generale, lo alimentino di nuova linfa: se per un verso sembra contrapporsi alla tecnica del pretore, che in sede giurisdizionale, ascolta e risolve con metodi più duttili le nuove istanze di cittadini che affollano le strade ed i mercati di Roma; per altro verso propone il ricorso ad un mezzo tipicamente pretorio, la *cautio*, come strumento risolutivo e introduce la futura linea di evoluzione, nel senso della collaborazione, fra giuristi e pretore, sul terreno comune dell'aggiornamento del diritto, piuttosto che della contrapposizione, ancora da venire. Quinto Mucio sta nel mezzo di questo passaggio epocale: percepisce forse la contrapposizione fra *ius civile* e *ius honorarium*¹²²: ma questa non può ancora profilarsi in termini di conflitto fra l'esperienza giuridica propria del popolo romano, il cui nucleo portante è rappresentato

Annales Maximi, ossia la documentazione essenziale per fissare e conservare i principi tradizionali fondanti del diritto romano. Cfr. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio*, cit., p. 23 ss.

¹²⁰) SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 197.

¹²¹) SCHIAVONE, *Pensiero giuridico*, cit., p. 448 ss., ripercorre alcuni passaggi (importanti in questa direzione) dell'opera di Q. Mucio, ad esempio in merito alla valutazione della *societas*, in cui egli sarebbe riuscito a «tener fermo il legame fra i nuovi schemi del contratto consensuale e un vecchio modello dell'esperienza giuridica arcaica (questo sì un *topos* civilistico): il *consortium ercto non cito*» (p. 449).

¹²²) M. LAURIA, *Ius civile-Ius honorarium*, oggi in *Studi e ricordi*, cit., p. 390 ss. Si veda pure sul punto GIUFFRÈ, *La traccia di Q. Mucio*, cit., p. 53 ss. E' appena il caso di rammentare che sono poche nei giuristi le definizioni di '*ius praetorium*' (raramente usato da Gaio, se non in *inst.* 4.34), che si rinvengono ad esempio in Pomponio, *lib. sing. enchir.*, in D. 1.2.2.10, 12 e in Papiniano, 2 *def.*, in D.1.1.7.1.

dal diritto delle persone, dai diritti reali e dalle successioni; mentre nel settore delle obbligazioni, fatta eccezione per la *sponsio-stipulatio* e per pochi altri istituti, tale esperienza giuridica (che poi sarà trasfusa nel cd. diritto pretorio) appare già molto più elastica ed aperta agli influssi provenienti dall'esterno. In questo quadro iniziale, come del resto la stessa escogitazione della *cautio* dimostra, i giuristi si intravedono spesso «in filigrana» dietro clausole edittali e moduli processuali¹²³.

Nonostante Pomponio dica che il pontefice ha ordinato il *ius civile* per *genera*, nello svolgere l'attività respondente egli ragiona in parte ancora secondo il metodo induttivo e non quello deduttivo proprio della dialettica greca, accolto ed esaltato da Cicerone, che come noto gli riserva parole di critica¹²⁴. Questo potrebbe dare un significato più profondo sia al celebre episodio fra Mucio e Servio, ricordato dallo stesso Pomponio¹²⁵, sia al contrasto vissuto con Licinio Crasso nella celebre *causa Curiana*¹²⁶, in cui peraltro la sua posizione, qui in difesa dello stretto significato tecnico-giuridico degli antichi schemi testamentari non è affatto vincente¹²⁷.

Nel profilare la *cautio Muciana* si conferma infatti da parte sua l'intento di tutelare, attraverso la cura della struttura familiare romana nobiliare nelle successioni e nel diritto delle persone, la struttura stessa della società romana

¹²³) GIUFFRÈ, *La traccia di Q. Mucio*, cit., p. 59 ss.

¹²⁴) Nel prospettare invece i compiti di un'attività giurisprudenziale, per così dire, moderna: *de orat.* 1.41.186 ss., su cui si veda, fra gli altri, ad esempio F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano di 'ius civile in artem redigere'*, in «SDHI.», XLVI, 1980, p. 299 ss. Come noto, alcuni anni dopo Cicerone corregge leggermente il suo giudizio su Q. Mucio, nel *Brutus* 41.152 ss., che è del 46 a.C., sebbene senza giungere mai a considerarlo superiore a Servio Sulpicio Rufo, cui riconosce il merito della fondazione del pensiero giuridico, come sapere scientifico secondo un paradigma diairetico, che il primo non era riuscito compiutamente (a parere dell'Arpinate) ad attingere.

¹²⁵) Cfr. D. 1.2.2.43. Su tale famosa «contrapposizione» quasi archetipica fra due diversi mondi giuridici, più che tecniche giurisprudenziali, si veda pure Cic., *Brut.* 41.152-42.153. Questi mondi saranno ben presto «quello del *ius civile* e quello della pratica che fornisce esempi contrari, mondi che, certo coesistendo e non confliggendo sistematicamente fra loro, talvolta portano a situazioni antitetiche» (così GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio*, cit., p. 68, a proposito di un altro episodio narrato da Cicerone, *de Orat.* 1.56.239-240, che coinvolse Publio Licinio Crasso Divite Muciano, zio paterno di Q. Mucio).

¹²⁶) Cfr. ancora BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, cit., p. 111 ss.

¹²⁷) Questo notissimo processo (di cui anche in Cic., *de orat.* 2.6.24) mostra (potendosi prospettare nei tribunali un doppio binario interpretativo, '*secundum verba*' e '*secundum voluntatem*', dei negozi giuridici *mortis causa*) che sin dall'epoca tardorepubblicana si considerasse prevalente il secondo criterio: Q. Mucio propende invece per l'interpretazione dello scritto, ma questo dato non dev'essere valutato – come pure è stato fatto – quale vuoto e sterile eccesso di rigorismo testuale. E' evidente infatti che il giurista valuti quali interessi giudichi maggiormente meritevoli di tutela.

e persino la sua stessa identità di popolo.

Nel caso sottoposto alla sua valutazione un testatore ha apposto la condizione, perché aveva voluto con il legato consentire alla sua vedova di continuare ad usare tutte le cose che lui le aveva destinato «in quanto» sua moglie e che, come tale, la facevano riconoscere in società (abitare nella casa coniugale, usare la lettiga e la carrozza di famiglia, portare le vesti e i gioielli ...). Ovviamente tutto ciò non avrebbe avuto più senso se si fosse risposata, entrando così in un'altra famiglia. La condizione posta dal *de cuius* non ha infatti, come scopo principale, quello di impedire alla vedova le seconde nozze, limitando la sua libertà, ma semplicemente attesta che un secondo matrimonio farebbe venir meno le ragioni che hanno determinato la previsione del legato.

La volontà del testatore è chiara ed è pianamente espressa nella clausola testamentaria, che non presenta alcun problema di interpretazione: Mucio ritiene che tale volontà sia conforme agli usi e costumi, ai valori riconosciuti e condivisi, del popolo romano. A suo parere questa manifestazione di volontà è coerente con i principi che informano il *ius civile* e ritiene sia degna perciò di tutela. La difficoltà è data dall'impossibilità, secondo il *ius civile*, di formulare tale volontà nei termini di una condizione risolutiva. Per risolvere un problema apparentemente insolubile, utilizza la *stipulatio* con funzione cautelare; un mezzo che, per i secoli precedenti, dalle XII tavole in poi, è stato del resto lo strumento elettivo nelle mani dei giuristi, malleabile per le più diverse esigenze.

La soluzione si impone immediatamente, più che perché frutto di un ragionamento logico formulato in modo convincente, in quanto da tutti riconosciuta in linea con il *ius civile*, utile e semplice, priva di controindicazioni; inoltre la volontà del testatore, qui oggetto di una particolare attenzione, appare indubbiamente degna di essere realizzata.

Anche in questa occasione risultano determinanti la sua personalità decisa e il suo carisma, del tutto al di fuori dello «stereotipo retorico»¹²⁸ tramandatosi nei secoli, che danno ragione forse anche delle scarse motivazioni addotte in sostegno delle sue tesi, scelte e imposte in modo autoritativo, perché in linea con il diritto più antico.

Proprio perché la decisione di Mucio è presentata come espressione dell'autorità del giurista, essa entra a far parte del «diritto vigente», delle persuasioni dell'epoca in materia, cioè, e le motivazioni restano implicite, probabilmente già nelle sue prime apparizioni; oppure si perdono via via che il rimedio trova applicazione grazie ad una interpretazione estensiva in fattispe-

¹²⁸) Così ALBANESE, *Volontà negoziale e forma*, cit., p. 1525 e in particolare p. 1530. Si veda pure BRETONNE, *Tecniche e ideologie*, cit., specie p. 117 ss.

cie diverse. Quando poi, mutato profondamente il contesto sociale, i giuristi cominceranno a ricorrere liberamente a questo «istituto», generalizzandone l'applicazione, si porranno il problema di valutare le ragioni che hanno indotto il testatore a formulare la condizione e, in determinati casi, riterranno più opportuno negare l'uso della *cautio*, preferendo considerare la condizione come non apposta: ciò che rientrava nel regime normale previsto per condizioni illecite.

Se leggiamo la *cautio Muciana* all'interno dell'ideologia aristocratica repubblicana, di tutela dei valori della classe dirigente romana, di difesa della struttura familiare nobiliare, di valorizzazione protettiva del nucleo dell'identità romana, ne comprendiamo alcune declinazioni: l'interesse che aveva di mira il pontefice non era affatto (o comunque non era solo) quello di impedire le seconde nozze, quanto quello di proteggere il patrimonio del testatore, che, nell'eventualità che la moglie uscisse dal suo ambito di appartenenza familiare, per entrare in un altro (quello del nuovo marito) era giusto tornasse nella sua interezza ai suoi diretti eredi, essendo venuti meno i motivi che lo avevano spinto a disporre con quelle modalità.